



UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

PROGRAMA DE DOCTORADO EM DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO

DIREITO À SAÚDE: ELEMENTOS MATERIAIS

TESIS DOCTORAL

ANTONIO JOAQUIM SCHELLENBERGER FERNANDES

SEVILLA

ENERO, 2016

DIRECTORA DE LA TESIS


DRA. CAROL PRONER

CODIRECTOR DE LA TESIS

DR. FRANCISCO JOSÉ INFANTE RUIZ

TUTOR

DOCTORANDO:

ANTONIO JOAQUIM SCHELLENBERGER FERNANDES

DIREITO À SAÚDE: ELEMENTOS MATERIAIS

Antonio Joaquim Schellenberger Fernandes

Tesis Doctoral presentada em el Programa de Doctorado em Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide, como requisito para obtención del Título de Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo.

Directores: Caroline Proner y Francisco José Infante Ruiz

Tutor: Francisco José Infante Ruiz

SEVILLA

ENERO, 2016

Aos meus filhos.

AGRADECIMENTOS

Fruto de reflexão, debate e principalmente da oportunidade de atuar em muitos casos de direito individual e coletivo à saúde, ao longo de quase três décadas como membro do Ministério Público, as narrativas e juízos que compõem este trabalho não apenas tratam de questões coletivas, mas devem ser vistos como resultado de um conjunto de influências cuja enumeração completa se faz impossível. Registra-se, portanto, o reconhecimento e o correspondente agradecimento a cada um, a todos e ao ambiente natural, que permitiram a apresentação desta proposta que visa à realização do direito coletivo à saúde, por seus elementos materiais.

Ciente da possível omissão de importantes personalidades que iluminam o caminho percorrido até a conclusão deste trabalho, enumero algumas, com gratidão e respeito.

A Joaquín Herrera Flores (*in memoriam*), por desestabilizar os conceitos de direito e saúde, contaminando de realidade a investigação realizada.

À professora Cláudia Lima Marques, por repetir que a liberdade é a “liberdade do outro”.

Ao ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, provocador das mudanças pessoais, institucionais e ambientais que inspiram a busca do direito coletivo à saúde.

Ao ministro Ricardo Luís Lorenzetti, autor da proposta de Justiça Coletiva com ancoragem em paradigmas.

Ao Ministério Público de Minas Gerais, instituição, servidores e membros. Por todos, menciono os procuradores-gerais Epaminondas Fulgêncio Neto, instituidor da Promotoria de Saúde, em 1997; Nedens Ulisses Freire Vieira, criador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Saúde, em 2002; Jarbas Soares Júnior, criador da Rede-Saúde, em 2006; Alceu José Torres Marques, em cujo mandato nasceu a Mediação Sanitária, em 2012; Carlos André Mariani Bittencourt, que permite o aperfeiçoamento das Promotorias da Saúde e da Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos, com recursos humanos e materiais.

Aos magistrados brasileiros, sensíveis às necessidades de promoção da saúde, como direito. Por todos, nomeio os desembargadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais Vanessa Verdolim Hudson Andrade e Renato Luís Dresh, protagonistas do diálogo entre jurisprudência e políticas públicas.

Aos gestores da saúde deputado federal Marcus Vinicius Caetano Pestana da Silva,

deputado estadual Antônio Jorge de Souza Marques, Benedito Scaranci Fernandes, Jomara Alves da Silva, Marcelo Gouvêa Teixeira, José Maria Borges e Helvécio Miranda Magalhães Júnior.

Aos professores e dirigentes da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais Amanda Flávio de Oliveira, Arthur Diniz, Isabel Vaz, João Bosco Leopoldino da Fonseca e Silma Mendes Berti.

Ao Ministério Público brasileiro, particularmente aos procuradores de justiça Marco Antonio Teixeira (MP-PR) e José Adalberto Dazzi (MP-ES), ao procurador da república Humberto Jacques de Medeiros (MPF) e aos procuradores da república e promotores de justiça da Saúde Adriana Amorim Lacerda (MP-PB), Angela Salton Rotunno (MP-RS), Cláudia Pessoa Marques da Rocha Seabra (MP-PI), Dilma Jane Couto Carneiro Santos (MP-MG), Francisco das Chagas Barros de Souza (MP-MA), Gilmar de Assis (MP-MG), Guiomar Felícia dos Santos Castro (MP-AM), Itana Santos Araújo Viana (MP-BA), Izabel Maria Arruda Salustiano Porto (MP-CE), Jairo Bisol (MP-BR), Josely Ramos Pontes (MP-MG), Luciano Moreira de Oliveira (MP-MG), Marcelo Henrique dos Santos (MP-GO), Maria de Lourdes Rodrigues Santa Gema (MP-MG), Maria Ivana Botelho Vieira (MP-PE), Maria Roseli de Almeida Pery (MP-TO), Maurício Pessuto (MPF), Michelini Laurindo Tenório Silveira dos Anjos (MP-AL), Oswaldo José Barbosa Silva (MPF), Reynaldo Mapelli Júnior (MP-SP), Rodrigo Ferreira de Barros (MP-MG), Ronaldo José de Lira (MPT), Sonia Maria Demeda Groisman Piardi (MP-SC), Suely Regina Aguar Cruz (MP-PA).

Aos colegas que atuaram na Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos do MPMG, desde sua criação, em 2001, produzindo a sedimentação dogmática do direito coletivo à saúde, Almir Alves Moreira, Ana Paula Mendes Rodrigues, Antonio Sérgio Rocha de Paula, César Antonio Cossi, Cristovam Joaquim Fernandes Ramos Filho, Geraldo de Faria Martins da Costa, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, Gisela Potério Santos Saldanha, Gregório Assagra de Almeida, Iraídes de Oliveira Marques, Jacson Rafael Campomizzi, João Batista da Silva, Luiz Carlos Teles de Castro, Luciano França da Silveira Júnior, Marcos Tofani Baer Bahia, Maria Inês Rodrigues de Souza, Mário Cesar Motta, Mônica Aparecida Bezerra Cavalcanti Fiorentino, Paulo Calmon Nogueira da Gama (hoje desembargador do TJMG), Reyvani Jabour Ribeiro. Rodrigo Anaya Rojas, Rômulo de Carvalho Ferraz, Shirley Fenzi Bertão (hoje desembargadora do TJMG).

Aos assessores da Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos do MPMG, pelo brilho com que desempenham os papéis de escriba, *sparring partner* e bufão, contribuindo para a expansão dos direitos difusos e coletivos, Carolina Rodrigues Amaral,

Cynthia Gontijo D'Assunção, Danielle de Ávila Silva Lopes, Felipe Antônio Horta de Paula, Fernanda de Moraes Pinto, Gustavo Vilaça de Carvalho, Jacqueline Dias de Freitas Schaefer, Lívia Batista Duque Gutierrez Baptista, Luciana Maria Fenelon, Máira Fontes Bento Gonçalves, Mariana Barbabela de Castro Ramos, Mariana de Mattia Rocha, Maria de Fátima Siqueira Viggiano, Nirley Aparecida de Oliveira, Orliênio Antônio Gonçalves da Silva, Patrícia Januária de Sales Marques Barbosa, Raquel Silvestre Matoso Venesia, Rodrigo Tassara Lemos Bráulio, Silvana Vieira Nilton, Thaís Mordente de Souza.

Aos profissionais de saúde e amigos Aghorananda Saraswati, Gangadara Saraswati Georgia Cristina Basílio Medrado, Denir Santos (*in memorian*), Márcia Cordeiro Tupynamba, Maura Aparecida Meira Maia, Miled Alin Demian (*in memorian*) e Vivian Patrícia de Andrade.

Aos gestores e pesquisadores da Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais, centro de produção e difusão do conhecimento em direito coletivo da saúde, Rubensmidt Riani, Lucimar Ladeia Colen, Tammy Claret Monteiro, Danielle da Silva Pires, Fernanda Pereira Zhouri, Flávia Naves Vilela Oliveira, Kamilla Éric de Araújo, Keyla Tatiana Rosa Pereira e Marilene Barros de Melo.

Aos acadêmicos que participaram da seleção e revisão das decisões judiciais, aprendendo e ensinando os paradigmas ocultos em variados discursos, Alexandre Luiz de Azevedo Souza, Cecília Cardoso Pessoa Cangussu, Elaine de Oliveira Liduário, Isabela Lucena Antunes, Júlia Silveira, Lilian Stéfany Moreira da Silva, Luana Duarte Pereira, Nádia Rodrigues Cordeiro, Nicole Carvalho Caram Guedes, Pedro Henrique Romanelli Sampaio, Raquel de Andrade Gomes, Rodrigo Sousa Caetano Soares.

Aos meus pais e irmãos, primeiros leitores e críticos do trabalho, João Bosco Romeiro Fernandes (*in memorian*), Helena Maria Arantes Fernandes, Maria Auxiliadora Fernandes Tavares, Beatriz Helena Junqueira Fernandes Stipp, Luís Justiniano Haiek Fernandes, Vera Cecília de Arantes Fernandes Costa e Carlos Henrique Schellenberger.

Aos doutores Carol Proner e Francisco José Infante Ruiz, diretores desta tese, responsáveis pelos acertos, alinhamento das ideias e configuração final do trabalho.

À doutora Denise Maria Schellenberger Fernandes, minha mulher. Pela permanente inspiração, apoio e incentivo. Pelo amor.

RESUMO

Elaborada a partir do Programa de Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha, com influências de Joaquín Herrera Flores (processo cultural), Ricardo Luís Lorenzetti (paradigmas da decisão judicial) e Íris Marión Young (teoria da justiça), a pesquisa identifica e distingue elementos conceituais e elementos materiais na configuração do direito coletivo à saúde e, a partir da experiência brasileira, avalia os resultados de quase duas décadas de judicialização da saúde, decorrentes de seu reconhecimento como direito.

Contrariando as diretrizes de política macroeconômica do sistema financeiro internacional, a Constituição brasileira definiu a saúde como direito, instituiu um sistema único de atenção e estabeleceu os princípios da universalidade e da assistência integral, com financiamento público. Posto que o direito à saúde já se encontre arrolado entre os direitos sociais, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a exigibilidade das prestações de saúde como objeto de direito subjetivo público, oponível contra o Estado, situação que resulta em aumento da pressão exercida sobre as três esferas de governo – União, Estados e Municípios – para que sejam implementadas políticas de saúde e garantido o acesso às ações e serviços correspondentes, fenômeno que é conhecido como judicialização da saúde.

Há mais de uma década, a posição dos Tribunais se encontra sedimentada, mas, apesar disso, persistem as vozes que se opõem ao reconhecimento judicial de pretensões individuais, invocando, para tanto, os conhecidos fundamentos utilizados para impedir a realização de direitos sociais. A pressão do mercado, que exige redução do gasto público e privatização da saúde, aliada à crise fiscal enfrentada pelo governo brasileiro, intensificou discursos e iniciativas legislativas que propõem o retrocesso, com a revisão do marco legal e a supressão de direitos sociais, inclusive do direito à saúde.

A judicialização da saúde afeta as políticas públicas e torna visíveis as distorções que impedem a realização da promessa constitucional, suscitando as hipóteses expostas no trabalho: as análises construídas a partir de elementos conceituais são insuficientes para a solução de problemas coletivos de saúde; os tipos utilizados para a tutela do direito individual são inadequados para a dedução de pretensões coletivas, que devem ser inventadas (trazidas à luz), a partir de elementos materiais; a visão biocêntrica (não antropocêntrica) permite que o bem coletivo figure como sujeito de direitos; a provisão de saúde para todos, com dignidade, demanda atenção aos elementos materiais e correspondentes ações, unindo a prática à teoria.

RESUMEN

En el ámbito del Programa de Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España, con influencias de Joaquín Herrera Flores (proceso cultural), Ricardo Luis Lorenzetti (paradigmas de las decisiones judiciales) e Iris Marion Young (teoría de la justicia), la investigación identifica y distingue elementos conceptuales y elementos materiales en la configuración del derecho colectivo a la salud a partir de la experiencia brasileña. Evalúa los resultados de casi dos décadas de decisiones judiciales en temas de salud, debido a su reconocimiento como un derecho subjetivo.

La Constitución brasileña ha definido la salud como un derecho – en oposición a las directrices de política macroeconómica del sistema financiero internacional – y estableció un sistema de único de Salud, basado en los principios de la universalidad y la atención integral, con financiación pública. Mientras inscrito entre los derechos sociales, la Corte Suprema reconoció la aplicabilidad de beneficios para la salud, como objeto de derecho subjetivo público, ejecutable contra el Estado, situación que se traduce en una mayor presión sobre los tres niveles de gobierno - central, regional o estatal y municipal – para la implementación de políticas, un fenómeno que se conoce como la judicialización de la salud.

Durante más de una década se estableció la posición de los tribunales, pero sin embargo persisten voces que se oponen al reconocimiento legal de las reclamaciones individuales que invocan los fundamentos conocidos que se utilizan para impedir la realización de los derechos sociales. La presión del mercado, lo que requiere la reducción del gasto público y la privatización de la salud, junto con la crisis fiscal que enfrenta el gobierno brasileño intensificó los discursos parlamentarios y las iniciativas que proponen el retroceso, con la revisión del marco jurídico y la abolición de los derechos sociales, incluido el derecho salud.

La judicialización de la salud afecta a las políticas públicas y hace visibles las distorsiones que impiden la realización de la promesa constitucional, elevando las posibilidades expuestas en el trabajo: el análisis de los elementos conceptuales es insuficiente para resolver los problemas de sanidad colectiva; el proceso de tipificación utilizado para la protección de los derechos individuales es insuficiente para la deducción de las reclamaciones colectivas, que han de ser inventados (puesto a la luz), a partir de elementos materiales; la visión biocéntrica (no antropocéntrica) permite que el bien colectivo se ponga en lugar de sujeto de derechos; la prestación de salud para todas las personas con dignidad, exige atención a los elementos materiales y las acciones correspondientes, que unen la práctica a la teoría.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AMPASA	Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CACON	Centro de Alta Complexidade em Oncologia
CAO	Centro de Apoio Operacional
CAP	Coeficiente de Adequação de Preços
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CFM	Conselho Federal de Medicina
CIB	Comissão Intergestores Bipartite
CIT	Comissão Intergestores Tripartite
CITEC	Comissão de Incorporação de Tecnologias
CMED	Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPG	Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça
CNS	Conselho Nacional de Saúde
COAP	Contrato Organizativo da Ação Pública
CONASEMS	Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde
COPASA	Companhia de Saneamento de Minas Gerais
COPEDS	Comissão Permanente de Defesa da Saúde
DCB	Denominação Comum Brasileira
ERB	Estação de Rádio Base
ETE	Estação de Tratamento de Esgoto
FGV	Fundação Getúlio Vargas
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
IPEM	Instituto de Pesos e Medidas
LACP	Lei da Ação Civil Pública
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PCDT	Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêuticas
PMVG	Preço Máximo de Venda ao Governo
PNA	Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em Saúde
PPI	Programação Pactuada e Integrada
PNA	Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em Saúde
PROCON	Programa de Defesa do Consumidor
SAS	Secretaria de Atenção à Saúde

SCTIE	Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUPRAM	Superintendência RegionaL de Regularização Ambiental
SUS	Sistema Único de Saúde
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
SVS	Secretaria de Vigilância em Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União
TFD	Tratamento Fora do Domicílio
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
UNACON	Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

Agradecimentos.....	V
Resumo.....	VIII
Resumen	IX
Índice de Abreviaturas	X
Sumário	XII
INTRODUÇÃO	1
PRIMEIRA PARTE: A DIMENSÃO COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE – UM PROCESSO CULTURAL	12
CAPÍTULO 1: SAÚDE E PROCESSO CULTURAL	25
<i>1.1.1 Os vários conceitos de saúde e a busca de um conceito jurídico</i>	<i>32</i>
<i>1.1.2 Marcos no processo de luta pelo reconhecimento da saúde como direito</i>	<i>45</i>
<i>1.1.3 Perspectiva relacional da saúde: o espaço da mediação.....</i>	<i>70</i>
CAPÍTULO 2: DIREITO E PROCESSO CULTURAL.....	87
<i>1.2.1 Direito coletivo à saúde no sistema jurídico brasileiro</i>	<i>90</i>
<i>1.2.2 Perspectiva biocêntrica da teoria geral do direito coletivo</i>	<i>99</i>
<i>1.2.4 Paradigmas: a racionalidade oculta da justiça coletiva</i>	<i>123</i>
<i>1.2.5 A construção de garantias para o direito à saúde</i>	<i>144</i>
SEGUNDA PARTE: SAÚDE NO TRIBUNAL, JURISPRUDÊNCIA E POLÍTICA PÚBLICA EM CONFRONTO	159
CAPÍTULO 1: O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA DEFESA DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS HUMANOS	162
<i>II.1.1 Promotoria da saúde: compromisso com a justiça social.....</i>	<i>164</i>
<i>II.1.2 O plano de atuação para o Ministério Público na área da saúde</i>	<i>176</i>
<i>II.1.3 Promoção e garantia dos direitos humanos: avanços e retrocessos</i>	<i>196</i>
CAPÍTULO 2: PARADIGMAS DA JUSTIÇA NAS MANIFESTAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E NAS DECISÕES JUDICIAIS.....	208
<i>II.2.1 Excluídos e vulneráveis: dois momentos na superação da desigualdade</i>	<i>220</i>
<i>II.2.2 Expansão e limites do paradigma coletivo: consequencialismo e estado de direito</i>	

<i>constitucional</i>	237
<i>II.2.3 Planeta saudável: critério de valor para o processo cultural</i>	257
<i>II.2.4 Paradigmas na pauta do direito coletivo à saúde</i>	263
CAPÍTULO 3: DIREITO COLETIVO À SAÚDE – ELEMENTOS	
MATERIAIS	272
<i>III.3.1 O Diamante Ético como metodologia crítica</i>	277
<i>III.3.2 Os elementos materiais colocam o contexto em primeiro plano</i>	291
<i>III.3.3 Memória exemplar – para explicar, interpretar e intervir na saúde coletiva</i>	302
<i>III.3.4 A posição do Ministério Público e sua disposição para a Mediação Sanitária</i>	317
<i>III.3.5 O conceito central: saúde para todos, com dignidade</i>	323
CONCLUSÃO	336
REFERÊNCIAS	345

INTRODUÇÃO

O papel da justiça e os usos do direito atravessam processos de mudança paradigmática. Os modelos sistematizados nos últimos séculos, idealizados para a solução de conflitos bilaterais, atomizados, mostram-se inadequados para lidar com os novos riscos, os danos coletivos, a complexidade de situações que não se contêm nas fronteiras tradicionais. Cresce, então, o ativismo judicial, provocado pelas causas e graves consequências dos novos problemas, e pela percepção de que as ações individuais trazem consequências coletivas: a propriedade e o contrato têm função social. No Brasil, a chamada judicialização da saúde insere-se nesse contexto. Há um problema, cujas origens entrelaçam políticas de saúde e decisões judiciais.

Objeto de atenção constante da espécie humana, em todos os lugares e em todos os tempos, a saúde é condição de acesso aos demais bens. A falta de saúde prejudica o trabalho, dificulta o lazer e a mobilidade, causa prejuízos de várias ordens, perturba a paz. “Saúde para Todos” foi a meta definida para os governos e a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1977, na *30ª Assembleia Mundial de Saúde*. Fracassaram ambos. A OMS foi desautorizada pelo sistema financeiro internacional e os Estados são pressionados a reduzir direitos sociais, privatizar os sistemas de saúde e incorporar tecnologias de atenção à saúde controladas pela indústria, em prejuízo dos cuidados básicos.

A partir de 1996, no Brasil, quando a plenária da *10ª Conferência Nacional de Saúde* decidiu “exigir do Ministério Público a defesa do SUS”, destacando o papel da instituição na “democratização do acesso a ele, a garantia da informação e o compromisso deste com a defesa dos interesses dos cidadãos”, os gestores de saúde foram os primeiros a buscar, na Promotoria, a utilização de ferramentas jurídicas para a implementação de políticas públicas. Transcorridos quase vinte anos, a disposição dos prefeitos e secretários de saúde é outra. O reconhecimento da saúde como direito subjetivo pelos Tribunais brasileiros não correspondeu à esperada organização do Sistema Único de Saúde (SUS), e os usuários passaram a exigir, pela via judicial, a garantia de acesso às ações e serviços de saúde. Como consequência, cresceu a judicialização da saúde, que garante o acesso àqueles que recorrem à via judicial, mas restringe o poder de decisão do gestor sobre a utilização dos recursos da saúde – tanto os recursos financeiros como os recursos materiais.

Prefeito reeleito de Porto Alegre, em outubro de 2012, com 65% dos votos válidos, José Fortunati anunciou: “minha prioridade absoluta é a saúde”. Na entrevista ao jornal *Zero*

Hora, publicada um dia após as eleições, Fortunati listou os desafios que, em sua opinião, dificultavam a melhoria nos serviços de assistência à saúde:

Vontade política há, mas é que, às vezes, a máquina administrativa, a legislação, o poder judiciário e o Ministério Público são entraves que vamos enfrentando e que não nos permitem avançar. (*Zero Hora*, Porto Alegre, 09.10.1012, p. 8)

É o ponto de vista do prefeito da capital do Rio Grande do Sul, uma das principais cidades do Brasil, com um milhão e meio de habitantes. Amplificada pela força das urnas, a reclamação de Fortunati se dirige a juízes, promotores de justiça e advogados que buscam tornar concreto o comando constitucional que atribui à saúde o *status* de “direito de todos”. São duas posições, aparentemente opostas, em relação à forma de implementação do SUS, modelo de atenção que impõe ao Estado a obrigação de garantir assistência integral e gratuita, a todos.

A queixa de Fortunati se dirige às instituições, à legislação, ao Judiciário, ao Ministério Público e também à “máquina administrativa”, aqui entendida como parte das forças produtivas responsáveis pela efetiva prestação da assistência à saúde. Nota-se, portanto, que os obstáculos – na visão do prefeito – encontram-se preponderantemente nos elementos conceituais: as instituições jurídicas e o modelo idealizado de separação de poderes. O único elemento material apontado é a própria “máquina administrativa”, análise que poupa os agentes econômicos privados, que lucram com a doença.

Muitos prefeitos e secretários de Saúde têm opinião semelhante, e mobilizam-se contra a judicialização da saúde, situando-a no rol das causas do insucesso das políticas públicas de saúde. Questionam os resultados da judicialização, nos moldes atuais, apontando a persistência de situações iníquas, de discriminação e exclusão, sem a necessária apresentação de alternativas que se mostrem aptas a garantir saúde para todos, com dignidade.

É relevante notar que o primeiro obstáculo apontado pelo gestor é a própria legislação, ou seja, a Constituição da República Federativa do Brasil, que impõe ao poder público a obrigação de prestar a assistência à saúde de forma universal, integral e gratuita. Na prática, tal avaliação direciona-se para a perpetuação das práticas assistencialistas que grassam em pequenos e grandes Municípios. Não são poucos os prefeitos e gestores públicos que oferecem ações e serviços de saúde como favores pessoais.

O problema enfrentado pelos brasileiros é semelhante à realidade vivida em muitos países: muitos são os excluídos do acesso aos serviços de saúde, e muitos mais os que não

participam das decisões sobre as políticas públicas de saúde. As pesquisas reunidas neste trabalho partem da constatação de que o ideal de saúde para todos, proclamado no final do século passado, encontra-se longe de concretizar-se e enfrenta forte oposição do poder econômico, que insiste na redução do gasto público, em prejuízo dos direitos sociais, e na privatização.

O discurso do gestor público, que teoricamente deveria alinhar-se com a promoção dos direitos humanos e o respeito à Constituição e às leis, sugere que o receio expresso em 2006 pelos promotores de justiça corre o risco de confirmar-se. Na época, além de se condenar o modelo de gestão do SUS, qualificado como morbo-cêntrico, concluiu-se que ele “absorve crescentes custos, que tendem à perpetuação, até atingir ponto de ruptura de financiamento, impondo soluções seletivas ou, mesmo, a modificação do marco regulatório constitucional”¹.

A leitura das decisões judiciais em matéria de saúde apresenta juízes, promotores de justiça e advogados preocupados com os problemas de justiça distributiva – acesso às ações e serviços de saúde –, mas o resultado prático de suas ações, conforme a visão de prefeitos e secretários de saúde, se colocaria entre as causas do aprofundamento da desigualdade e ainda não eliminaria ou reduziria as situações de injustiça que têm origem em questões de gênero, etnia, opção sexual, idade e tantas outras. Nas pequenas e nas grandes cidades, as relações pessoais e as informações privilegiadas que um reduzido grupo detém é o que define o acesso à saúde.

A teoria crítica dos direitos humanos, nos moldes aqui expostos conforme as lições de Joaquín Herrera Flores, sustenta que devemos tomar a riqueza humana como critério de valor e garantir, a todos, a oportunidade de reagir contra tudo o que impede a completa realização das potencialidades humanas. Em matéria de saúde, abundam os exemplos de luta e de êxito, mas muitos grupos sociais não têm acesso a cuidados básicos, necessários à vida digna. Os portadores de aids, no Brasil, conseguiram acesso a terapias e fármacos de que necessitam, mas os encarcerados, os moradores de rua, os ciganos, os indígenas e os sem-terra, entre outros, têm escasso acesso aos serviços de saúde. Ademais, sofrem com os preconceitos impostos pela cultura hegemônica. Da mesma forma, os idosos e as crianças, os quais, embora contem com legislação especial, não recebem os cuidados de que necessitam.

O exame das políticas públicas de saúde expõe, à primeira vista, a preocupação com a

¹ Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em Saúde, aprovado pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça em 2006.

justa distribuição de ações e serviços públicos de saúde. É o que se escreve. Mas não é a prática. Embora a Constituição preconize a participação de todas e todos na concepção e na fiscalização da implementação das políticas de saúde por meio de conselhos e conferências de saúde em todos os níveis de governo, a realidade é que temos um sistema muito autoritário, no qual o modelo de atenção vem imposto pelas grandes multinacionais de fármacos e equipamentos de uso em hospitais, clínicas e serviços de apoio diagnóstico. Os agentes do Poder Executivo, sob pressão do poder econômico, só oferecem o que os poderes hegemônicos determinam, fazendo-o com o pretexto de acompanhar o que dita a melhor ciência. A medicina tradicional e as ações de prevenção e promoção da saúde são sistematicamente negligenciadas.

Para a investigação e exposição de situações dinâmicas e complexas que desafiam a invenção de um direito coletivo à saúde, optou-se pela utilização de métodos que privilegiam o raciocínio do tipo indutivo, tomando como ponto de partida as situações particulares para, a partir delas, alcançar formulações mais gerais e a produção de juízos. O método de estudo de casos aplicado às decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros coloca em evidência os problemas submetidos ao Judiciário, os quais revelam falhas na concepção e na execução de políticas públicas e descortinam os discursos e os juízos emitidos nos respectivos processos judiciais.

No Brasil, o ensino do direito e a produção doutrinária se valem preferencialmente de métodos que enfatizam o raciocínio do tipo dedutivo, partindo do estudo das normas, em sua dimensão geral e abstrata. A ênfase nos elementos conceituais, na discussão de modelos teóricos e na interpretação dos textos legais tem influência marcante na produção jurisprudencial e na elaboração de manifestações processuais, que, influenciadas pelo ensino jurídico, são pródigas na reprodução de fórmulas abstratas. Daí a estranheza que pode causar, especialmente ao leitor brasileiro, a opção por métodos que privilegiam o raciocínio do tipo indutivo, no qual o elemento material (concreto, extraído dos estados de fato) vem antes do elemento conceitual (geral e abstrato).

A proposta de discutir o direito à saúde a partir de seus elementos materiais se opõe à forma comum de estudo do direito no Brasil, majoritariamente conceitual. A vantagem do estudo da jurisprudência é que toda sentença judicial contém ao menos três elementos: o fato, a norma e o juízo. Assim, com a preponderância do método indutivo, a investigação identifica problemas na execução das políticas públicas de saúde a partir dos fatos descritos em casos judicializados; discute a interpretação da Constituição e das leis em relação a casos concretos,

de reiterada incidência, e aprecia os discursos, descortinando a fundamentação dos juízos emitidos.

O recurso aos processos culturais, objeto da investigação, facilita o raciocínio indutivo em questões coletivas. Se os conflitos individuais se resolvem de forma simplificada e massificada, com o uso da metodologia que reduz a realidade a tipos legais, nos quais se estabelecem uma hipótese (“matar alguém”) e uma consequência (“pena”), os conflitos coletivos exigem que as soluções sejam construídas caso a caso, respeitada a complexidade inerente à teia de relações afetadas.

A compreensão de que a questão coletiva se apresenta “em processo”, e de que esse processo se produz com a interação entre vários sujeitos, que interpretam de forma diferenciada os estados de fato que configuram sua complexidade, exige a utilização de metodologias que se mostrem adequadas a captar esse movimento, a identificar suas causas e a inventar soluções justas, que sejam eficientes e, o mais possível, duradouras. Daí a opção por um método “aberto e mutante”, conforme a definição de Carol Proner:

Invirtiendo la frase atribuida a Hegel según la cual si la teoría no confirma los hechos, peor para los hechos, llevando a las últimas consecuencias la aplicación contextual de la teoría a los hechos y viceversa, se disciplinó en el desarrollo de un método cuya principal virtud y la característica es el de ser abierto y mutante, necesariamente incompleto y susceptible de permanente reformulación y reinterpretación.²

Com essa finalidade, lança-se o olhar sobre os processos culturais a partir de duas metodologias principais: o Diamante Ético e os paradigmas da decisão judicial. O Diamante Ético, no desenho proposto por Joaquín Herrera Flores, capta a realidade dinâmica das situações complexas de forma ampla e singela, identificando e distinguindo elementos materiais e elementos conceituais que compõem a realidade dos direitos. Quanto aos paradigmas, na forma como são expostos pelo jurista argentino Ricardo Luís Lorenzetti, hoje ministro da Suprema Corte daquele país, sua concepção tem origem na jurisprudência, na interpretação e fundamentação de casos difíceis, e capta o sentido de justiça que orienta a decisão.

O *Diamante Ético* é exposto na primeira parte do trabalho, no bojo das reflexões sobre o direito como processo cultural, e aplicado duas vezes, para a crítica de dois importantes instrumentos que viabilizam a invenção do direito coletivo à saúde: um plano de trabalho e

² PRONER, 2011, p. 27.

um espaço criado para a democratização das decisões sobre políticas de saúde. O Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em Saúde (PNA), incluído no primeiro capítulo, e a Mediação Sanitária, objeto do terceiro capítulo, ambos na segunda parte, são apreciados à luz dos elementos conceitual e material, em contraste, de forma a permitir a avaliação dos resultados obtidos quando há preponderância na valorização de um e de outro.

Quanto aos paradigmas da decisão judicial, também apresentados na primeira parte, sua aplicação prática encontra-se nos capítulos dois e três, da parte final, respectivamente com a análise de discursos encontrados em manifestações do Ministério Público e decisões dos Tribunais brasileiros em casos que tratam do direito coletivo à saúde, e na discussão a respeito do processo decisório adequado à invenção coletiva do direito em espaços democráticos.

Prepondera, portanto, o raciocínio do tipo indutivo porque a demonstração é feita a partir dos casos, discursos e decisões neles proferidas; no documento de planejamento, construído a partir de problemas concretos, e das atas de reuniões de Mediação Sanitária, na qual os participantes se reúnem para o enfrentamento de situações coletivas. As conclusões gerais, de caráter provisório, demonstram a inadequação de modelos abstratos, simplificados, construídos aprioristicamente, para o enfrentamento de problemas coletivos.

Assim o trabalho prioriza a forma de raciocínio indutivo, articulando o conhecimento a partir de fatos particulares por meio de estudo de casos de direito coletivo à saúde apreciados pelo Ministério Público, judicializados ou não. As metodologias escolhidas são aptas a colocar em evidência os elementos materiais, somente acessíveis por meio da investigação dos fatos em seus respectivos contextos. A articulação das metodologias do *Diamante Ético* e dos paradigmas da decisão judicial compõe o modelo escolhido para que se concretize a invenção do direito coletivo à saúde por meio da investigação de seus elementos materiais.

O conteúdo selecionado decorre dos objetivos fixados e da metodologia eleita. A busca de uma definição de saúde como bem essencial à vida humana é tema do primeiro capítulo. A definição da OMS é a mesma nos últimos sessenta anos, mas a interpretação de suas palavras modifica-se com o passar do tempo, de acordo com os contextos e a crescente mercantilização da assistência à saúde. Conforme a OMS, a saúde é definida como o estado de completo bem-estar, físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou outros agravos. A concepção de bem-estar, muito forte no contexto do pós-guerra, contemporâneo à redação do conceito, foi a primeira a orientar as interpretações e críticas. Outra, muito importante, é a ideia de qualidade de vida, que emerge a partir dos anos 1970. Depois, em

leitura mais ampla, se acrescenta a visão de “harmonia com o meio ambiente”. Na prática, porém, nota-se que os orçamentos públicos ainda concentram os gastos no que interessa à indústria.

A Constituição brasileira de 1988 diz que a saúde é “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”³. Depois, na Lei Orgânica da Saúde, ficou definido que a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o recreio e o acesso aos bens e serviços essenciais⁴.

Nota-se, portanto, que o modelo de atenção que prioriza as necessidades de tecnologia, e cujo foco é a doença, não é o modelo constitucional. A busca da identificação da saúde como bem é o primeiro passo.

A partir da precisa definição do bem, objeto do direito, passamos às indagações correspondentes às concepções de direito e de justiça. Destaca-se, neste capítulo, a revisão dos conceitos de direitos coletivos sob perspectiva intergeracional e biocêntrica. O apego à visão antropocêntrica, marcadamente individualista, apresenta-se como obstáculo à tutela dos direitos coletivos e sua expansão, criando dificuldades para a dedução de pretensões voltadas para a proteção de direitos difusos.

Pensando o direito como o sistema de garantias necessário para o acesso aos bens, são revistos os conceitos hegemônicos de justiça, em oposição ao que propõe a teoria crítica. Esse ponto é a base da compreensão do conceito de direito à saúde que se propõe. Além disso, a utilização de institutos desenvolvidos para a tutela de direitos subjetivos individuais é identificada como um dos graves problemas que se opõem à concretização do direito coletivo à saúde. A função distributiva, nem sempre ponderada, reclama atenção à equidade em saúde.

Por outro lado, o exame de decisões qualificadas como excêntricas, e caracterizadas como filiadas ao fenômeno conhecido como “ativismo judicial”, demanda o recurso a instrumentos de análise capazes de captar a racionalidade que as orienta. Nesse sentido, adota-se o modelo proposto pelo ministro Ricardo Luís Lorenzetti, o qual identifica uma série de paradigmas – ou modelos ocultos – que emprestam sentido à decisão judicial.

³ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 196.

⁴ Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, art. 3º.

Os paradigmas foram articulados com a teoria da justiça proposta pela feminista Iris Marion Young⁵, que toma como ponto de partida os processos de opressão – caracterizados pela exploração, exclusão, carência de poder, violência e pelo imperialismo cultural –, para dar suporte à crítica das políticas que atentam somente para a desigualdade material. A teoria crítica e o Diamante Ético como metodologia de análise, propostos por Joaquín Herrera Flores, apresentam-se no trabalho aplicados aos problemas de saúde, ampliando a visão sobre o objeto de estudo. Trata-se de um passo necessário para que se compreenda a necessidade de um direito que garanta a todos a oportunidade de reagir contra a opressão.

Tal garantia deve estar amparada em valores, normas, instituições e práticas sociais. Na tese, um dos pontos que se destaca é o Ministério Público, considerado como instituição detentora do poder e da responsabilidade de tornar efetivo o direito à saúde. Desde o início dos anos 1980, o Ministério Público brasileiro adotou um perfil diferenciado em relação a instituições congêneres existentes em outros países onde os promotores de justiça se limitam a atuar em ações criminais e se reportam ao Poder Executivo. Distanciando-se do modelo institucional adotado nos países colonizadores, o Ministério Público brasileiro é hoje uma instituição comprometida com os direitos humanos e a democracia, atua em defesa dos interesses coletivos e detém autonomia e independência em relação aos poderes do Estado. Trata-se, conforme descrição feita por Marcelo Pedroso Goulart, de “um agente privilegiado da luta pela democratização das relações sociais e pela globalização dos direitos de cidadania” ou, em outras palavras, um agente da vontade de transformação social.⁶

As Promotorias de Saúde surgem no Ministério Público na metade dos anos 1990. O ousado projeto de um sistema de saúde que seja universal, integral e gratuito, em um país repleto de desigualdade como é o Brasil, convocou os membros do Ministério Público para a luta necessária a sua implementação. Pouco a pouco, os problemas de saúde começaram a chegar às Promotorias e o tema é hoje um dos que maior demanda apresenta. A tese retrata e avalia essa experiência recente.

Assim, a segunda parte do trabalho tem início com a apreciação do perfil diferenciado adotado pelo Ministério Público na tutela dos direitos humanos, e, de forma particular, na garantia do direito à saúde. Um ponto importante, que ainda baliza referida atuação, é o Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em Saúde (PNA), aprovado em 2006 pelo

⁵ YOUNG, 2000.

⁶ GOULART, 1998, p. 122.

Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE). Outro, a apreciação dos discursos adotados por promotores e juízes nas ações coletivas que tratam do direito à saúde, e sua adequação ao modelo teórico adotado.

A tarefa desenvolvida pelo Ministério Público na tutela coletiva do direito à saúde é objeto do capítulo seguinte, que confronta os discursos encontrados em manifestações de membros do Ministério Público com os juízos expressos pelos Tribunais, naquelas mesmas ações. O confronto entre política pública e jurisprudência é focalizado a partir das diferentes posições adotadas pelos juízes e promotores, avaliadas sob a luz dos paradigmas de decisão judicial identificados por Ricardo Luís Lorenzetti: acesso aos bens, proteção da parte fraca, consequencialista, estado de direito constitucional e ambiental.

O terceiro capítulo da segunda parte do trabalho é dedicada à demonstração prática de que a atenção aos elementos materiais torna possível a invenção do direito coletivo à saúde. Ou, com ousadia maior, a efetiva provisão de saúde para todos, com dignidade. Para evitar a modificação do marco legal e impedir retrocessos no reconhecimento da saúde como direito – individual e coletivo –, é preciso reforçar e ampliar as ações bem-sucedidas. Trata-se da Mediação Sanitária, instituída no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, consistente na criação de espaços democráticos nos quais os diferentes atores buscam soluções consensuais para problemas complexos.

A iniciativa surgiu como reação às distorções provocadas pelo aumento da judicialização e seu impacto na lógica do planejamento em saúde e busca tratar das questões coletivas em escala regional. Difere das audiências públicas porque os encontros visam à formalização de acordos, que pressupõem o compartilhamento do processo decisório nas questões coletivas. Além disso, valorizam-se todos os saberes, articulando-se conhecimentos técnicos, jurídicos e sociais com a finalidade de desenvolver ações criativas.

Como instrumento de avaliação, adota-se o *Diamante Ético*, proposto por Joaquín Herrera Flores, que permite a compreensão do tema em toda a sua complexidade, de forma mais completa possível. O diamante apresenta dois eixos. O primeiro, composto por aspectos conceituais, compreende a maior parte dos pontos identificados nas pesquisas realizadas em decisões judiciais e nos documentos produzidos pelo Ministério Público. Na Mediação Sanitária, ocorre o contrário. Preponderam os elementos materiais, circunstância que permite a construção coletiva de diagnósticos e de soluções. Trata-se do enfrentamento de questões ligadas à organização das forças produtivas envolvidas em ações e serviços de saúde, à incorporação tecnológica, às relações sociais e às práticas dos movimentos sociais.

Uma nova abordagem do direito à saúde, em moldes coletivos, voltada ao enfrentamento das questões que emergem do eixo material, apresenta-se como apta a expor as causas dos problemas e a desestabilizar os obstáculos que se opõem à concretização da saúde como direito. A construção e a implementação de políticas que garantam acesso justo à saúde é o que se propõe, em resumo, para a intervenção nas ações e serviços de saúde. Os problemas de discriminação, exclusão e imperialismo cultural que dificultam o acesso de todos à saúde exigem ações aptas a outorgar força aos que sofrem com as injustiças do sistema.

No caminho do aprimoramento, a saúde remete ao corpo, e este, à vida digna, como propósito maior. Assim, todo o trabalho é permeado pela atenção às necessidades de saúde, que são numerosas, mas devem ser lembradas sempre, para que o canto das sereias não impeça que o destino seja alcançado. Nesse sentido, as necessidades em saúde são classificadas em quatro grupos: as necessidades gerais, de bem-estar, que se vinculam aos fatores determinantes e condicionantes da saúde e incluem, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; no grupo seguinte, as necessidades tecnológicas, que abarcam os medicamentos, as intervenções cirúrgicas, a fitoterapia, a acupuntura, etc.; as necessidades sociais, especialmente a qualidade dos vínculos que se formam entre as equipes multidisciplinares de trabalhadores da saúde e os usuários do sistema; e, por fim, as necessidades ligadas à conquista de autonomia pessoal, ao propósito emancipador, que se dá com o aprimoramento da responsabilidade pessoal de cada um pela própria saúde.

Pondera-se que o último grupo de necessidades, que visa à emancipação, permeia todos os outros. Os fatores condicionantes e determinantes da saúde, tanto quanto as tecnologias e os vínculos criados entre o usuário do sistema de saúde e os profissionais de saúde, contribuem para o aperfeiçoamento das capacidades individuais, ou, se estiverem desvinculados do propósito emancipador, tornar-se-ão meios de criação e manutenção de situações de dependência e exploração. Daí a imprescindibilidade do atendimento de necessidades que contribuam para a autonomia individual para alcançar o propósito de vida digna.

Fica evidente, na parte da investigação que aborda a prática da judicialização da saúde, a supervalorização das necessidades tecnológicas – em prejuízo das demais –, com amparo em construções abstratas sobre o direito à saúde, desvinculadas do respectivo contexto material. Daí, a inflexão proposta, que associa a busca de saúde para todos, com dignidade, à integral satisfação de todas as necessidades em saúde, de forma emancipadora, a partir da

identificação, explicação e interpretação dos correspondentes elementos materiais.

Os processos culturais, entendidos como formas de reação ou de intervenção individual e coletiva em face do complexo de relações nos quais estamos imersos, foram descritos por Joaquín Herrera Flores em trabalho publicado em 2005, sob o título *El proceso cultural: materiales para la creatividad humana*, o qual divide a abordagem do tema em três partes principais que cuidam, respectivamente, das relações do indivíduo consigo mesmo, com os outros e com a natureza.

De forma transversal, essa tríplice abordagem permeia todo o trabalho. A intervenção nos processos culturais torna-se possível a partir da reforma nos imaginários que orientam as ações individuais e coletivas. Saúde para todos, com dignidade, é o elemento aglutinador dos imaginários que são construídos a partir da busca da conciliação entre a valorização e o respeito aos processos naturais – imaginário ambiental sócio-bio-diverso –, a prática da tolerância, da inclusão e dos processos decisórios participativos – imaginário social instituinte – e o aprimoramento individual, com o resgate da capacidade de reagir, de criar e recriar mundos – o imaginário radical –, mobilizando as raízes da emancipação.

PRIMEIRA PARTE: A DIMENSÃO COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE – UM PROCESSO CULTURAL

Com o propósito de unir teoria e prática, o trabalho foi dividido em duas partes, concentrando-se a primeira nos aspectos teóricos, marcos que definem o campo das reflexões postas, seus limites e objetivos. Dado o problema, que pode ser resumido na dificuldade de acesso à saúde, pelo cidadão, e o correspondente papel do direito e da justiça em sua garantia, a investigação de suas causas sugere a necessidade de novas metodologias de ação social, aptas a lidar com situação complexa, dinâmica e submetida à pressão de muitos interesses.

A espinha dorsal da hipótese produzida é a teoria crítica proposta por Joaquín Herrera Flores, na qual os elementos materiais têm papel preponderante, e a visão “processual” rejeita conceitos reducionistas. As necessidades humanas figuram em primeiro plano, colocando em destaque os meios de acesso aos bens. Na “caixa de ferramentas” que garantem a realização prática desta teoria crítica dos direitos humanos, destacamos os processos culturais e o *Diamante Ético*, um modelo para a compreensão das reações humana à opressão e uma bússola, tridimensional, adequada para determinar a direção das investigações sobre questões complexas.

O legado do idealizador do Programa de Doutorado em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide destaca-se por sua perenidade. Em uma época em que a obsolescência é cada vez mais rápida, os materiais deixados por Joaquín Herrera Flores permanecem atuais, pela denúncia dos interesses que há por trás de processos de opressão e desigualdade, pelos valores que aponta e pelos instrumentos que sugere àqueles que se dispõem à mudança.

O propósito de colocar em prática os achados do mestre sevilhano, aplicando-os a problemas de saúde coletiva, conduziu à sua associação com sistemas afins, tais como o da jusfilósofa feminista Íris Marion Young, com sua teoria da justiça; o do Ministro argentino Ricardo Luís Lorenzetti, com os paradigmas de decisão judicial; o de Boaventura Sousa Santos, com a ecologia dos saberes e a cartografia da justiça. Tudo com o intuito de demonstrar que é possível garantir saúde a todos, com dignidade.

No Brasil atual, os problemas econômicos que levaram o governo a propor medidas de ajuste fiscal criaram clima favorável aos discursos e iniciativas legislativas contrários a essa tese, estimulando propostas de redução do financiamento público às ações e serviços de saúde. Contra a privatização, contra a redução dos direitos sociais e contra a crescente mercantilização da saúde que invade os sistemas de direitos humanos em todo o planeta, o

Poder Judiciário brasileiro inovou, reconhecendo a saúde como direito subjetivo dotado de exigibilidade, e tornou-se protagonista da implementação de políticas públicas que até o final do século passado eram tidas como “normas programáticas” e sujeitas ao exclusivo arbítrio do Poder Executivo.

A reação tem sido forte, e bastante organizada. Multiplicam-se a realização de mesas-redondas, seminários e congressos, tanto quanto a publicação de pesquisas e comentários sobre as decisões judiciais, com forte ênfase nos custos e na imposição de limites. A partir dessas reflexões, do questionamento dos dados e conclusões divulgados com a finalidade de frear a ação dos juízes e acelerar medidas de retrocesso legislativo, o conjunto de propostas arroladas sob o título “direito coletivo à saúde: elementos materiais” procura seguir aqueles que conceberam a reforma sanitária e comprometeram-se com o seu ideário: é possível garantir saúde a todos, com dignidade.

Para enfrentar os interesses que se opõem ao bom funcionamento da saúde pública, mantendo os avanços conquistados pela via judicial e ampliando, efetivamente, o acesso integral, universal e gratuito, com equidade, é preciso ir além das concepções abstratas de saúde e de direito, e trabalhar na invenção de mecanismos capazes de desobstruir os canais de acesso aos serviços, superar as situações de discriminação, opressão e exploração, garantir maior participação nos processos decisórios e fortalecer os mecanismos de controle social.

O papel do Estado na provisão de ações e serviços de saúde é matéria controversa e ocupa espaço central no debate político e jurídico, em vários países. Nos Estados Unidos, a reforma sanitária, que garante financiamento público para aqueles que não podem custear assistência médica, é considerada projeto central na presidência de Barack Obama. Embora respaldada pela Suprema Corte, por 6 votos a favor e 3 contra, a lei que regula acesso aos cuidados enfrenta a resistência do Partido Republicano, que tem visão diferente em relação ao papel do Estado e se opõe aos subsídios federais para aquisição de serviços de assistência médica. Na Espanha, o sistema de acesso universal que garantia coberturas amplas, com amparo na Constituição de 1978 e na legislação que organizou o Sistema de Salud (SNS), foi recentemente reformado, com exclusão da assistência a imigrantes ilegais, alteração do rol de serviços, ampliação dos copagamentos e mudanças na regulação da assistência farmacêutica.

No Brasil, a Constituição de 1988 definiu a saúde como direito de todos e dever do Estado, e estabeleceu os princípios da universalidade, da gratuidade e da assistência integral como pilares do SUS. Concomitantemente, admitiu a participação da iniciativa privada na oferta de serviços de saúde, criando situação contraditória e tensa em muitos serviços que mantêm dupla porta, ou seja, recebem usuários do sistema público – atendimento gratuito – e

usuários de planos privados de assistência à saúde – pagantes. Tal situação gera, por si, uma hierarquia na atenção que não se harmoniza com o ideal de equidade.

A instituição do SUS foi resultado de um processo de lutas que culminou na incorporação, no texto constitucional, das propostas formuladas na 8ª *Conferência Nacional de Saúde*, realizada em Brasília, em 1986, e dos ideais da *Carta de Ottawa*, produzida no mesmo ano, que fixou a meta “Saúde para Todos no Ano 2000”. No plano internacional, a promessa esvaziou-se a partir dos anos 1990 com o chamado “Consenso de Washington”, que, entre outras medidas, impôs aos Estados a realização de ajustes fiscais, redução de gastos públicos e privatizações, além de assegurar lucro à indústria, garantindo direito à propriedade intelectual.

A pressão da agenda neoliberal, no contexto internacional, aliada às dificuldades de organização e financiamento, fez com que o SUS permanecesse como uma promessa inscrita na Constituição Brasileira, circunstância que manteve a mobilização dos grupos que, na década anterior, uniram-se em torno da proposta de reforma sanitária. Por outra via, a tutela judicial de direitos e interesses coletivos também se expandiu a partir dos movimentos de consumidores, ambientalistas e de proteção ao patrimônio público, entre outros, criando ambiente favorável à judicialização de necessidades de saúde e à provocação do Ministério Público visando à garantia de direitos violados em decorrência da falta ou da precariedade do acesso aos serviços públicos e privados.

Com o passar do tempo, a tensão agravou-se. Ao menos três elementos se encontram em choque: 1) o reconhecimento judicial de um direito subjetivo público à saúde, oponível contra o Estado, a estimular os processos de luta pelo sistema de saúde pública com assistência universal e cobertura integral, mantido com recursos públicos; 2) a pressão do mercado, que exige redução do gasto público e privatização da saúde; 3) a crise fiscal enfrentada pelo governo brasileiro, que coloca em risco o já insuficiente financiamento das ações e serviços de saúde. Daí o risco de retrocesso, com revisão do marco legal e supressão de direitos sociais, inclusive do direito à saúde.

A invocação de “elementos materiais” para a compreensão do direito coletivo à saúde, e sua implementação, tem origem na teoria crítica delineada por Joaquín Herrera Flores, que, ao apontar as consequências do abuso das abstrações, da supressão dos contextos, da desconexão entre prática e teoria, aponta para a necessidade de maior atenção aos elementos materiais: as forças produtivas e as relações sociais de produção, a historicidade, as práticas sociais e o desenvolvimento. Com essa finalidade, é preciso rever o conceito de saúde. E rever também o próprio conceito de direito, buscando uma compreensão do direito coletivo à saúde

flexível, dinâmico e complexo: a compreensão dos processos culturais.

A existência de um direito coletivo à saúde é objeto de questionamento. Vista como bem exclusivo do indivíduo, de caráter personalíssimo, a saúde não comportaria tratamento transindividual. A própria definição de saúde como direito é matéria controversa; apresenta conceito polêmico, em processo de sedimentação. A hipótese aqui proposta confronta essas, e outras questões, com a premissa de que é preciso cuidar da “invenção do direito coletivo à saúde”. Invenção, diga-se, no sentido de *in venire*, ou seja, “vir à luz”; trazer à luz algo que já existe mas precisa ser descoberto, identificado, delineado.

No plano conceitual, é possível construir, com palavras, as definições de direito e de saúde, em molde geral e abstrato. A dificuldade se apresenta no momento da concretização dos conceitos, quando uma situação fática nos desafia a buscar soluções e a emitir juízos que afirmem – ou neguem – a presença do direito coletivo à saúde e, o que é mais difícil, a identificar seu objeto, características e limites.

Por exemplo: alguém adoece, é diagnosticado como portador de osteoporose e o médico assistente lhe prescreve determinado fármaco. A partir dessa situação, discute-se a existência de um direito subjetivo, neste caso, que se possa designar como direito à saúde. Sendo positiva a resposta, a dúvida se transfere para a definição de seu objeto: a ausência da doença, o bem-estar, ou a implementação de ação ou serviço assistencial. O passo seguinte passa pela busca das características e pressupostos de um direito subjetivo à saúde e pela identificação daquele que tem a obrigação de prestá-lo.

Embora confrontemos imprecisões, e dúvidas, temos diante de nós um caso diagnosticado, comprovado por meio de exames laboratoriais e relatórios médicos. A assistência prévia nos traz elementos que permitem emitir juízo sobre a prescrição médica, a necessidade do indivíduo e a prestação devida. Sabe-se, todavia, que, no território do mesmo Município onde o indivíduo demanda seu direito decorrente do agravo à saúde, vivem dezenas de pessoas portadoras de osteoporose. A maioria são mulheres, com mais de cinquenta anos, que dificilmente irão receber atenção adequada. O Protocolo Clínico do Ministério da Saúde do Brasil registra que, no sistema privado de saúde brasileiro, “apenas 24% dos pacientes receberam tratamento clínico, inclusive medicamentoso, para osteoporose após a fratura”. Ou seja, entre os que têm plano privado de saúde, somente um em cada quatro indivíduos foi assistido.

Presume-se que muitos serão os dependentes do sistema público de saúde que sequer terão acesso ao diagnóstico. Os dados oficiais indicam que cerca da metade das mulheres e 20% dos homens com mais de cinquenta anos sofrerão ao menos uma fratura decorrente de

osteoporose.

A osteoporose é uma doença osteometabólica caracterizada por diminuição da massa óssea e deterioração da microarquitetura do tecido ósseo com consequente aumento da fragilidade óssea e da susceptibilidade a fraturas (1). As complicações clínicas da osteoporose incluem não só fraturas, mas também dor crônica, depressão, deformidade, perda da independência e aumento da mortalidade (2). Estima-se que cerca de 50% das mulheres e 20% dos homens com idade igual ou superior a 50 anos sofrerão uma fratura osteoporótica ao longo da vida. Aproximadamente 5% dos indivíduos que apresentam fratura de quadril morrem durante a internação hospitalar, 12% morrem nos 3 meses subsequentes e 20% morrem no ano seguinte ao da fratura, conforme dados norte-americanos (2). Pesquisa conduzida no Rio de Janeiro, em hospitais públicos, revelou mortalidade de 23,6% nos 3 meses subsequentes à fratura de fêmur (3).

[...] A osteoporose é uma das principais causas de morbidade e mortalidade em idosos. A dificuldade e o alto custo do tratamento para o sistema de saúde tornam pertinente o desenvolvimento de métodos capazes de identificar o grupo de maior risco para que sejam implantadas medidas preventivas de fraturas osteoporóticas.⁷

Podemos “inventar” o direito coletivo à saúde das pessoas expostas à fratura causada por osteoporose em determinado bairro, em uma cidade, ou até em uma região inteira. A identificação de um direito coletivo subjetivo, neste caso, que se possa designar como direito à saúde, não se encontra previamente descrita nos manuais jurídicos. Assim, igualmente, a definição de seu objeto; a identificação das providências necessárias, de caráter preventivo ou reparatório; a designação precisa daquele que tem a obrigação de prestar; enfim, as características e pressupostos do direito subjetivo coletivo à saúde devem ser “inventadas”, vir à luz.

Nos casos individuais, a resposta segue caminhos simples, com a compreensão do direito à saúde como uma relação na qual figuram um obrigado (o Estado), os titulares do direito (que podem ser todas as pessoas) e um objeto (a saúde). É o que se extrai da interpretação literal da Constituição Brasileira, conforme o teor do art. 196, primeira figura: “saúde é direito de todos e dever do Estado”.

Tal leitura, porém, tem se mostrado insuficiente para resolver os problemas sanitários e vem gerando insatisfação de várias partes. A excelência do modelo idealizado a partir do texto constitucional – que se entende qualificado pelas características da universalidade e da integralidade – não corresponde à prática nem satisfaz os interesses dos prestadores, públicos e privados, e menos ainda às necessidades da pessoa que se coloca na posição de usuária – a única que figura como credora na relação simplificada, extraída do texto da lei.

É grande a insatisfação em relação à assistência à saúde tanto nas grandes cidades, que

⁷ Portaria SAS/MS nº 451, de 9 de junho de 2014, republicada em 9 de junho de 2014 e retificada em 18 de junho de 2014.

contam com muitos profissionais de saúde e recursos tecnológicos, quanto nos rincões mais distantes, onde o acesso às redes de assistência à saúde depende também do transporte, com médias e longas distâncias, até os locais onde se encontram os serviços públicos e privados.

Embora cada vez mais se proclame e exija saúde, “direito de todos e dever do Estado”, o acesso a esse bem, indispensável, permanece tormentoso e incerto. Questiona-se, a princípio, a própria definição de “direito à saúde”, a identificação de seu objeto, de seus limites e garantias.

Se já é difícil a resposta simplificada, orientada pela dogmática individualista do direito subjetivo, maior se apresenta o desafio quando se busca a dimensão coletiva do direito à saúde. No plano administrativo, ele seria o objetivo das políticas públicas e dos sistemas privados de assistência à saúde; na seara jurídica, a matéria se enquadra no campo emergente da tutela de direitos transindividuais, chamados difusos e coletivos pelo direito brasileiro.

Tal qual o portador de osteoporose, sustentando-se em uma estrutura frágil e sujeita a fraturas, a “dor crônica, depressão, deformidade, perda da independência e aumento da mortalidade”, o direito à saúde, seja individual ou coletivo, encontra-se exposto a ataques e objeções de diversas ordens e subordina-se, em muitas situações, a interesses que não se afinam com o ideal de vida digna. As duas noções são conexas – direito individual e direito coletivo – e interdependentes. Embora o coletivo não seja resultado da soma de direitos individuais, a oferta coletiva de bens e serviços destinados à promoção e à recuperação da saúde exige a prévia definição de critérios distributivos e suscita muitos questionamentos. Daí a proposta de uma visão ampliada, a partir dos processos culturais que conduzem ao direito coletivo à saúde.

Há muitos olhares sobre o direito. Outros tantos sobre a saúde. O direito pode ser visto como um sistema de normas, como fenômeno sociológico ou como resultado de processos culturais, conforme seu estudo tenha por objeto a constituição e as leis, o fato social ou, na perspectiva culturalista aqui adotada, os processos de luta que se desenvolvem em determinado momento histórico, como “reação” ao complexo de relações predominantes. Da mesma forma, a saúde apresenta aspectos biológicos (que a ciência se esforça por definir e controlar), ingredientes sociais (decorrentes da organização das famílias, do trabalho e do próprio Estado), e uma dimensão cultural (em que se desenvolvem explicações, interpretações e as variadas formas de intervenção, dos indivíduos e grupos).

A ênfase nos processos culturais é um caminho para a compreensão da controversa intervenção judicial nas ações e serviços de saúde, tanto públicos quanto privados, e sua extraordinária evolução na última década, particularmente no direito brasileiro. Não se trata

apenas de promover a tutela do direito social à saúde como direito subjetivo individual. Tampouco é bastante a constatação de que a configuração da rede assistencial modifica o relacionamento entre o público e o privado, o prestador e o usuário do serviço de saúde. Busca-se uma visão mais completa do fenômeno, em toda a sua complexidade, para melhor identificação das diversas formas de “reação” de indivíduos e grupos, e seu impacto na promoção da vida digna.

Assim, o ponto de partida é a compreensão do “direito” e da “saúde” enquanto processos culturais, a partir da teoria desenhada por Joaquín Herrera Flores, ou seja, sua leitura como processos dinâmicos, caracterizados pela construção, troca e transformação dos “signos” que orientam nossa ação no mundo (de forma reguladora ou emancipadora) e ocorrem em determinados contextos sociais, econômicos, naturais e políticos⁸. O modelo é apto a permitir uma visão ampliada do complexo tecido em torno do “direito à saúde” e sua crítica, bem como a criar ferramentas que tornem possível uma intervenção coletiva, orientada para a promoção dos direitos humanos.

Pode-se indagar o que é saúde. Questionar se é possível alcançar um estado de “bem-estar”. Indagar sobre a necessidade de água potável, higiene, boa alimentação, ambiente salubre... moradia, trabalho, lazer. Relações sociais e familiares. As influências têm origem em várias fontes e alcançam indivíduos e coletividades com intensidades variáveis. O resultado “saúde” exige compreensão, diagnóstico e ações em vários campos.

Também é discutível o conceito de direito. O plano normativo não escapa à incerteza decorrente da multiplicidade de variáveis. Aspectos privados, do indivíduo que reclama atenção individualizada, acesso. Compreensão pública das limitações impostas à administração e do necessário cuidado com o recurso público. Responsabilidade penal e civil decorrente de danos à integridade psíquica e corporal. Análise de consequências das ações individuais sobre o bem comum. Impactos ambientais. Etc. Dizer o direito, em matéria de saúde, exige cognição ampla.

Destaca-se, portanto, a complexidade da definição do direito à saúde, à qual se chega por meio de teorias, narrativas, instituições e outros elementos conceituais, e principalmente por meio de elementos materiais: práticas sociais, forças produtivas, relações sociais de produção, tecnologias, etc. Não há como avaliar a intervenção do direito sobre a saúde, seja individual ou coletiva, sem a compreensão desse “eixo material” que envolve práticas tradicionais e métodos científicos de atenção à saúde, prestadores públicos e privados,

⁸ HERRERA FLORES, 2005a, p. 95.

numerosas categorias profissionais, entre outros elementos da rede assistencial.

Se quisermos um conhecimento segmentário, encerrado a um único objeto, com a finalidade única de manipulá-lo, podemos então eliminar a preocupação de reunir, contextualizar, globalizar. Mas se quisermos um conhecimento pertinente, precisamos reunir, contextualizar, globalizar nossas informações e nossos saberes, buscar, portanto, um conhecimento complexo.⁹

A visão ampliada torna possível a crítica e o consequente estabelecimento de critérios para a intervenção do sistema jurídico na promoção e garantia da ordem sanitária. Aspectos puramente normativos são insuficientes para orientar a decisão judicial, o funcionamento de associações de usuários e dos Conselhos de Saúde, ou a atuação do Ministério Público. Na mesma medida, os argumentos que reduzem a questão em termos “científicos”, “econômicos” ou “políticos” conduzem a resultados questionáveis, distantes da almejada promoção da vida digna. Daí a necessidade de acurado exame do contexto no qual se desenvolve a luta pela saúde.

Toda reação cultural é determinada pelo protagonista a partir do que ele conhece da teia de relações entre os indivíduos, os grupos e o ambiente natural. Não importa se o conhecimento é verdadeiro ou falso, a reação será sempre determinada pela interpretação dada a “estados de fato”, no contexto acessível àquele que decide. Assim, a ação voltada para a promoção dos direitos humanos exige constante observação do complexo de variáveis que interferem no resultado almejado, que facilmente se desvirtua quando amparado em premissas falsas ou incompletas.

Identificada como expressão de processos culturais, a compreensão do “direito à saúde” transcende outras concepções, especialmente a normativa e a sociológica, já destacadas, mas delas necessita – e portanto as incorpora – na complexidade de seu *corpus*. Assim, em um primeiro passo rumo à compreensão integral do direito à saúde, resultado da soma de elementos conceituais e elementos materiais, examinam-se as características destes enquanto processos culturais.

Ao longo de todo o trabalho se apresenta o confronto entre elementos conceituais e elementos materiais, seguindo o modelo estipulado por Joaquín Herrera Flores na apresentação do *Diamante Ético* – metodologia adequada ao diagnóstico de situações complexas que busca a formação de uma imagem que seja a mais completa possível, reunindo todos os elementos necessários à realização dos direitos. Sob a perspectiva que aqui nos interessa, o *Diamante Ético* se forma a partir de dois eixos: um eixo conceitual – teorias,

⁹ MORIN, 2010, p. 566.

valores, instituições, etc. – e um eixo material – forças produtivas, relações de produção, historicidade, etc. Ambos com um ponto de confluência no qual se situa a dignidade humana – ou, conforme aqui se propõe, ampliando a proposta original: a vida digna.

A substituição da expressão “dignidade humana” por “vida digna” não altera a essência do pensamento de Joaquín Herrera Flores. Na formulação original, apresentada em *El vuelo de Anteo*, e na posterior ampliação do *Diamante Ético*, que encontramos na *(Re)Invenção dos Direitos Humanos*, o centro do *Diamante Ético* é a dignidade humana. No entanto, buscando maior precisão e coerência em relação aos processos culturais, que enfatizam a correlação entre as relações do indivíduo consigo mesmo, com os outros e com o ambiente natural, a expressão “vida digna” revela-se mais adequada, deixando claro o rompimento com o paradigma antropocêntrico e o compromisso com a emancipação.

A melhor satisfação de uma necessidade terá como resultado a maior concretização dos direitos, o que fará com que nos aproximemos de um ideal de dignidade humana estabelecido a partir de seus conteúdos materiais. Por outro lado, se não se concretizar o direito humano perseguido, os participantes do processo e os afetados por ele terão o legítimo direito de se sentir indignados diante da situação em que foram colocados.

O objetivo, portanto, dessa imagen metodológica se baseia na idéia de que tanto a dignidade humana como os direitos não são elementos isolados e, também, não são dados com antecedência, mas sim construídos passo a passo, pela própria comunidade ou grupo afetado, o que lhes outorga um caráter de direitos em movimento que se podem gerar e revisar através da metodología que se propõe.¹⁰

O *Diamante Ético* é apresentado aqui como substitutivo do tradicional silogismo jurídico que, valendo-se do raciocínio dedutivo, trabalha com um elemento conceitual (norma) e um elemento material (fato), para a emissão de juízos. Nas questões coletivas, marcadas pela complexidade, os tipos utilizados para a solução de conflitos bilaterais, próprios da justiça comutativa, mostram-se inadequados. Daí a necessidade de invenção do direito coletivo por meio de metodologias como a do *Diamante Ético*. Trata-se de um caminho para conhecer os vários aspectos da teia de relações que são afetadas quando se propõem intervenções em molde coletivo.

A título introdutório, e por se tratar de decisões iniciais, que funcionam como bússola para a investigação apresentada, assinala-se a vida digna e o propósito emancipatório como características do direito coletivo à saúde, e sua estreita vinculação com o atendimento das necessidades em saúde. Se a judicialização da saúde apresenta problemas, e requer medidas corretivas, a supervalorização das necessidades tecnológicas – medicamentos e meios

¹⁰ HERRERA FLORES, 2009, p. 123.

sofisticados de diagnóstico, principalmente – talvez seja a maior distorção a ser enfrentada, pois invisibiliza a essência das necessidades em saúde.

Em suas reflexões a respeito do pluralismo jurídico e os direitos humanos, o professor Antonio Carlos Wolkmer assinala que as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação. As necessidades variam, de uma cultura para outra, e não se reduzem à necessidade tecnológica, imposta pelo mercado.

A estrutura das necessidades humanas que permeia a coletividade refere-se tanto a um processo de subjetividade, modos de vida, desejos e valores, quanto à constante ‘ausência’ ou ‘vazio’ de algo almejado e nem sempre realizável. Por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação. O conjunto de necessidades humanas varia de uma sociedade ou cultura para outra, envolvendo amplo e complexo processo de socialização. Há que distinguir, portanto, na problematização das necessidades, suas implicações contingentes com exigências de legitimação.¹¹

O sanitarista Luís Carlos de Oliveira Cecílio propõe uma taxonomia das necessidades em saúde que permite a superação da visão parcial que resulta em processos ideológicos, orientados para a dominação por meio do biopoder. Para o pesquisador da Unifesp, as necessidades de saúde podem ser apreendidas, de forma bastante completa, organizadas em quatro conjuntos.

O primeiro abrange as necessidades associadas às “boas condições de vida”, que podem incluir tanto os fatores “ambientais” e “externos”, determinantes do processo saúde-doença, quanto as condições de trabalho e seu impacto nos modos de adoecer e morrer. Em suma, “a maneira como se vive se ‘traduz’ em diferentes necessidades de saúde”¹².

As necessidades de consumo de tecnologia – medicamentos, exames, terapias “complexas”, etc. – compõem um segundo grupo. Embora sejam as que com mais frequência figuram nas demandas judiciais, o pesquisador sustenta ser preciso abandonar “qualquer pretensão de hierarquizar estas tecnologias”, pois, conforme explica, a necessidade só pode ser determinada individualmente, em um dado momento da vida. Como exemplo é apresentada a necessidade da pessoa que, em certo momento, tem acesso a diagnóstico precoce de hipertensão arterial e se encontra em condições iguais à de alguém que demanda um exame de cineangiocoronariografia. A hierarquia de necessidades é individual, pessoal e dinâmica.

No terceiro grupo de necessidades se inclui a criação de “vínculos (a)efetivos” entre o

¹¹ WOLKMER, 2008, p. 192.

¹² CECÍLIO, 2001, p. 114.

usuário e a equipe e/ou profissional que o assiste, compreendido referido vínculo como relação de confiança. O derradeiro grupo abrange tudo o que é necessário para que o titular do direito – usuário do serviço de saúde – conquiste crescente grau de autonomia pessoal. Além da informação, e da educação em saúde, a necessidade de autonomia se vincula à possibilidade de “reconstrução, pelos sujeitos, dos sentidos de sua vida”, com impacto no seu modo de viver e na “luta pela satisfação de suas necessidades, da forma mais ampla possível”¹³.

O processo ideológico se manifesta nas ações judiciais envolvendo direito à saúde por meio da redução dos objetos ao segundo grupo de necessidades – as necessidades tecnológicas, olvidando-se as demais. Não há passado, nem futuro. As petições iniciais, pródigas em construções abstratas, silenciam quanto às condições de vida e às expectativas do beneficiário, limitando-se, na maior parte dos casos, a apresentar lacunosos relatórios médicos, insuficientes para a captação das necessidades compreendidas no primeiro grupo – as boas condições de vida. Da mesma forma, salvo raras exceções, pouco se apreende das relações entre o usuário e os serviços, sua integração, vínculos, expectativas compartilhadas. Por fim, o que talvez seja o mais relevante: a preocupação com a autonomia individual, a capacidade de fazer e desfazer, criar e interagir.

A professora Miracy Gustin, da Universidade Federal de Minas Gerais, após revisar as principais teorias e conceitos produzidos ao longo dos últimos séculos, conclui que, no rol das necessidades humanas básicas, destaca-se a autonomia como necessidade primordial. Salienta, porém, que a autonomia visada não significa isolamento, ou a autossuficiência, e sim “aquela promovida pela *inclusão* de um ser emancipado”¹⁴.

Deve-se garantir aos indivíduos e aos grupos, ou coletividades, oportunidades que lhes permitam adquirir capacidades efetivas de minimização de danos, privações ou sofrimentos graves, e, assim, ampliar essa potencialidade de atividade criativa e interativa, cuja pré-condição é a autonomia.¹⁵

No modelo aqui discutido, a inclusão aproxima três esferas, que se articulam: o indivíduo, a coletividade e o ambiente natural. Como consequência, no lugar dos quatro grupos de necessidades, podemos trabalhar apenas com três: as necessidades ambientais, vinculadas às condicionantes e determinantes da saúde; as necessidades sociais, por vínculos enriquecidos por fraternidade, solidariedade e cooperação, e as necessidades individuais, que

¹³ CECÍLIO, 2001, p. 115.

¹⁴ GUSTIN, 1999, p. 220.

¹⁵ GUSTIN, 1999, p. 210.

têm seu ápice na emancipação.

Os recursos tecnológicos, por esta perspectiva, subordinam-se às necessidades. A intervenção sobre os fatores condicionantes e determinantes da saúde, por exemplo, demanda tecnologias adequadas, mas a necessidade diz respeito ao ambiente de trabalho, às condições de moradia, à qualidade da água e do ar, por exemplo. As tecnologias são o meio eleito para a satisfação das necessidades, não a necessidade em si. Na maior parte das ações judiciais que apresentam pretensões relacionadas à saúde, confunde-se o meio com o fim. O medicamento é o meio; a emancipação é o fim.

A crítica da judicialização da saúde assenta-se na inversão, que coloca o medicamento como fim, ocultando as verdadeiras necessidades de saúde. Basta examinar o objeto dos pedidos e a fundamentação que os leva ao Judiciário para constatar-se que somente uma perspectiva é apresentada: aquela que interessa ao mercado. Cioso da relevância da investigação sobre as necessidades para que sejam revelados e implementados direitos humanos, Joaquín Herrera Flores observa que cada coletividade, em seus respectivos contextos, apresenta necessidades específicas, e é a partir dessas necessidades que se forja o sistema de valores orientador das decisões e ações. Necessidades e valores funcionam juntos, como duas faces da mesma moeda, a ser interpretadas e aplicadas de forma articulada.

Para que la teoría de las necesidades básicas no recaiga en una nueva imputación de necesidades desde los países desarrollados hacia los del Tercer Mundo, se necesita salir del uso restrictivo del concepto funcional de necesidades y enjuiciar el fenómeno en relación con otros fines y valores de más alto grado de abstracción¹⁶ La mera recolección de necesidades nada puede hacer si no la englobamos en los principios y valores que conforman axiológicamente el Estado democrático: el establecimiento de condiciones sociales en las que la libertad, la vida y la igualdad puedan alcanzar su efectividad material. Es de todo punto estéril contemplar los derechos humanos desde una sola perspectiva. Las necesidades, y los valores que de su movimiento surgen y a ellas revierten su potencial normativo, constituyen las dos caras de una misma moneda. Sin una no podremos comprender la otra, y sin su interacción es inútil todo acercamiento a los derechos humanos como las pautas que pueden ser aceptadas por todas y cada una de las culturas y formas de vida que componen la idea reguladora de humanidad.¹⁶

A dimensão coletiva do direito à saúde não se limita à soma das necessidades individuais de prevenção e recuperação da saúde; visa à autonomia pessoal, ao pleno desenvolvimento das capacidades individuais e à emancipação. Compreende, além disso, a intervenção nas esferas social e ambiental, reconhecidamente dinâmicas e complexas. O recurso aos processos culturais como forma de explicar, interpretar e intervir de forma abrangente resulta da insuficiência dos conceitos abstratos de saúde e direito. As necessidades

¹⁶ HERRERA FLORES, 1989, p. 61.

e os valores apontam critérios para a realização da justiça. Esse é o objeto da primeira parte do trabalho.

CAPÍTULO 1: SAÚDE E PROCESSO CULTURAL

Neste primeiro capítulo, apresentam-se dois dos pilares que sustentam a proposta de invenção do direito coletivo à saúde. De forma simultânea, são revistos o processo cultural (suas características e funcionamento) e a saúde (individual e coletiva), com base em elementos teóricos e conceituais e nos movimentos de luta que resultaram no processo em curso, com a sedimentação do reconhecimento da saúde como direito.

Na forma como são apresentados por Joaquín Herrera Flores, a compreensão dos processos culturais se dá a partir de alguns elementos teóricos: os “signos culturais”, os “circuitos de reação cultural” e a construção de imaginários. Trata-se de um modelo que permite a explicação e a interpretação das formulações abstratas em torno da saúde (e sua evolução), dos processos de luta (e sua projeção em instrumentos normativos) e da hipótese central que permeia a investigação: a invenção do direito coletivo à saúde a partir de seus elementos materiais.

Tanto a saúde quanto o direito podem ser vistos como processos culturais, ou seja, a partir das formas de “reação” ou “intervenção” que se desenvolvem por indivíduos e grupos em face do complexo de relações predominantes. No modelo teórico proposto por Joaquín Herrera Flores, os “processos culturais” constituem categoria fundamental, que busca identificar as várias “metodologias da ação social” a partir da forma como acontecem e evoluem as reações às situações indesejadas.

Não se trata da “cultura”, ou do “cultural”, no singular. Propositamente, utiliza-se o plural – “processos” – para enfatizar que são muitas as metodologias de ação possíveis e estimular a busca de alternativas para as metodologias dominantes em um espaço-tempo concretos. Há outras formas de guiar nossa práxis, individual e coletiva, outros modos de atuar e de entender o mundo, outras possibilidades de entendermos a nós mesmos, e aos entornos naturais em que vivemos¹⁷. Assim, ao tratar de “processos culturais”, não se cuida de uma determinada “cultura”, entre “culturas”, mas de estruturas plurais, dinâmicas e abertas a interagir com diferentes contextos sociais, econômicos, políticos e ideológicos.

Os dados oficiais, aqui transcritos, sobre a osteoporose retratam um “estado de fato”: 50% das mulheres e 20% dos homens com idade superior a cinquenta anos sofrerão fratura osteoporótica. Portanto, esse dado – que se insere em contextos dinâmicos e condicionados pelo espaço, tempo, recursos disponíveis, tecnologias, etc. – suscita explicações, interpretações e reações dos diversos actantes: geram-se processos culturais.

¹⁷ HERRERA FLORES, 2005, p. 93.

Supõe-se, portanto, que um processo cultural pode ser inventado – vir à luz – a partir da compreensão das relações entre indivíduos, grupos e ambiente natural, como reação a determinado “estado de fato”.

Nas ações judiciais que envolvem o direito à saúde é comum encontrar-se a enfermidade, descrita como “estado de fato”, integrando a causa de pedir. A fundamentação dos pedidos sublinha dignidade, vida e saúde como valores absolutos, opondo-se ao discurso predominante nos sistemas de saúde (público e privado) que invocam limites materiais para negar a assistência pleiteada – restrições orçamentárias, regras de competência, limites contratuais, impedimentos operacionais, etc. Daí a dificuldade do juiz, diante de duas situações colocadas como absolutas, intransponíveis: a doença e o diagnóstico são apresentados como “estados de fato” por uma das partes, enquanto a outra opõe, sob o mesmo prisma, as limitações legais e orçamentárias.

Sem abertura para diferentes leituras sobre o mesmo “estado de fato”, o único caminho para o juiz será o sacrifício de uma das posições: o acesso ao serviço de saúde ou a responsabilidade fiscal do gestor, público ou privado. Restrito à dogmática jurídica, aos elementos teóricos e conceituais, o julgador lançará mão dos valores, afastando-se dos elementos materiais e sujeitando-se à crítica dos setores que condenam o ativismo judicial para impor limites à realização dos direitos, quando reconhece um direito subjetivo do cidadão; ou à crítica dos que se opõem à fixação de qualquer limite – orçamentário, material ou legal – ao dever de prestar assistência à saúde, quando nega o provimento. O significado cultural da saúde e da doença é sempre determinante na configuração dos correspondentes processos culturais.

Em outras palavras, os processos culturais não se desenvolvem diretamente a partir do “estado de fato”; o ponto de partida é sempre a forma como os fenômenos são percebidos, ou interpretados. A doença pode ser vista como um castigo, como um obstáculo à realização individual, num mundo competitivo, ou como um importante meio de autoconhecimento e autoaperfeiçoamento, conforme sublinha Herrera Flores.

La enfermedad o el dolor, como estados de hecho, es decir, como fenómenos que ocurren en nuestro interior, serán percibidos de un modo muy diferente desde un acceso occidental a la realidad, en el que la prisa y la competitividad nos exigen un estado de salud conveniente para el éxito rápido en el mundo en que vivimos, o desde un acceso taoísta a la realidad, en donde la enfermedad y el dolor sirven como mecanismos que van a ayudarnos en el camino hacia el auto-conocimiento y el auto-perfeccionamiento, no como trabas que obstaculizan nuestra vida cotidiana.¹⁸

¹⁸ HERRERA FLORES, 2005a, p. 112.

Para a pesquisadora Sonia Acioli, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, é preciso que se reconheça aquilo que ela chama de um “saber prático”, referindo-se às percepções e reações culturais à saúde e à doença, e que se promova uma articulação entre esse saber prático e o saber dos profissionais da saúde. O grupo estudado – 120 famílias da comunidade do Alto Simão, localizada em Vila Izabel, na cidade do Rio de Janeiro – identifica saúde como “bem-estar, sentir-se bem, não ter problemas”, associando também o “estar feliz” e a possibilidade de compartilhar pequenos acontecimentos com outros. Não há uma associação direta com o “não ter doença”. Por outro prisma, o mesmo grupo trata de forma diferente o “estar doente” e o ter “problema de saúde”. Na primeira situação, considerada mais grave, há relatos de “ficar de cama” e sentir dor. Os serviços de saúde são procurados após tentativa inicial de resolver o problema. As situações menos graves, cotidianas, qualificadas como “problema de saúde”, são resolvidas sem auxílio médico, com remédio ou chás¹⁹.

A jurisprudência e a doutrina jurídica não reconhecem expressamente esse “saber prático”, aqui tratado no bojo de processos culturais. Como consequência, aspectos relevantes para a efetiva promoção do direito à saúde permanecem ocultos, afastando a complexidade inerente a estes processos culturais do exame do julgador, que, como consequência, dificilmente alcançará um dos mais importantes atributos da saúde, no modelo constitucional brasileiro: a integralidade.

Se, por um lado, deve-se estudar práticas de saúde desenvolvidas pelos profissionais, deve-se também estudar práticas desenvolvidas pela população. Parece que esse movimento de mão dupla se faz necessário, para que as trajetórias dos sujeitos, suas estratégias e táticas de cuidado e cura possam ganhar sentido junto à lógica das práticas de saúde dominantes. Para desenvolver práticas de atenção integral à saúde faz-se necessário falar em uma aproximação integral também entre os sujeitos que cuidam e os sujeitos que são cuidados. Essa aproximação passa pelo reconhecimento de um saber prático e de uma possibilidade de articulação entre esse saber prático e o saber dos profissionais e planejadores no campo da saúde.²⁰

Como se pode notar, tanto quanto aos processos culturais, o plural aplica-se também aos modos de entender o mundo que determinam a configuração das metodologias de ação social. O objeto da atenção não são “estados de fato”. O mesmo fenômeno comporta interpretações diversas, conforme a posição do observador. A mudança dos padrões demográficos, por exemplo, com elevação da expectativa de vida, gera preocupações diferentes nas famílias – que se adaptam às necessidades dos idosos –, nos engenheiros –

¹⁹ ACIOLI, 2006, p. 157/165.

²⁰ ACIOLI, 2006, p. 165.

encarregados de tornar acessíveis as edificações e logradouros públicos –, nos sanitaristas – responsáveis pelo monitoramento dos perfis epidemiológicos –, nos serviços de saúde – que são chamados a responder a novas e diferentes demandas –, e especialmente no mercado – que tudo transforma em novas oportunidades de exploração e lucro.

Como se verá adiante, na análise da jurisprudência e dos discursos que predominam nas ações que envolvem a tutela jurídica da saúde, o confronto maior se dá entre a posição que reivindica acesso aos bens – medicamentos, atenção especializada, procedimentos cirúrgicos – e as posições consequencialistas adotadas pelo poder público e pelos planos privados de assistência à saúde, que apontam o impacto coletivo das ações individuais e reclamam restrições orçamentárias. Para estes, a ordem sanitária está subordinada a limites materiais e exige ações de regulação.

As posições parecem irreconciliáveis. E podem redundar na radical mudança do marco regulatório, a exemplo do que ocorre atualmente na Espanha, com a privatização da assistência. No Brasil, embora o texto constitucional permaneça intacto, cresce rapidamente a pressão econômica e política contra o modelo que prescreve o direito à assistência gratuita, de forma integral e universal. O comportamento da União é significativo: o incremento da saúde suplementar, com o investimento na agência reguladora respectiva, coincide com a persistente e gradual redução dos investimentos na saúde pública. Gradativamente, contingentes cada vez maiores de trabalhadores de baixa renda são incorporados ao sistema de financiamento privado da saúde porque, na versão predominante, a qualidade do serviço privado seria superior à do público. A visão hierarquizada favorece a mercantilização da saúde, sem que tal circunstância seja percebida pelo cidadão.

Daí, mais uma razão para que os processos culturais que envolvem a saúde sejam compreendidos, criticados e reformados, com a criação de novas metodologias de ação social. O reconhecimento da complexidade que envolve o bem “saúde” e o correlativo direito permite a superação de perigosas dicotomias e seu impacto sobre o acesso às ações e serviços de saúde. Por meio da separação é que se desenvolve a danosa hierarquização, que funciona como bloqueio à realização do direito.

A dimensão coletiva do direito à saúde exige que sejam compreendidas e superadas as estratégias de separação que criam hierarquias entre expertos e leigos, público e privado, tradicional e científico.

A separação figura entre os princípios do “paradigma da simplicidade”, que deve ser identificado e afastado para que seja possível a compreensão dos processos culturais, que resultam da abertura ao “pensamento complexo”. A construção é de Edgar Morin, e denuncia

as consequências da formulação de Descartes, que, embora tenha favorecido grandes progressos científicos, apresenta efeitos nocivos que se tornaram evidentes no último século.^[1]

Observado em oposição ao pensamento complexo – necessário à compreensão dos processos culturais – o pensamento cartesiano orienta-se pelo “paradigma da simplicidade” e seus princípios da a) disjunção, ruptura ou separação; b) redução e c) abstração e seu complemento, a idealização. Conforme observa Sanchez Rubio, da Universidade de Sevilha, trata-se de uma racionalidade que provoca no cidadão a perda de sua capacidade de julgamento crítico da realidade e uma maior adesão às mensagens transmitidas pelos poderes econômicos empresariais, dos bancos e dos partidos, e pelo conhecimento institucionalizado nas instâncias estatais:

Los efectos que esta racionalidad tiene sobre el conjunto de la sociedad, para nosotros es clara: provoca en l@s ciudadan@s una pérdida de su capacidad de enjuiciamiento crítico de la realidad y un mayor acatamiento a los mensajes que proceden de los poderes económicos empresariales, de los bancos y de las entidades financieras, avalados y reforzados por el poder político de los partidos y por el saber institucionalizado en las instancias estatales. Entre algunas de las consecuencias nos encontramos con una actitud de indolencia y de un conformismo político que también se proyecta sobre la idea y la práctica de derechos humanos predominante. La complacencia y el servilismo ante el poder político que se circunscribe a determinados lugares sociales, termina por despolitizar la cotidianidad de los ciudadanos y por cuestionar acciones y expresiones de reivindicación que, por salirse del molde establecido, son despreciadas, denigradas y descalificadas (tal como está sucediendo con el movimiento de los indignados).²¹

O princípio da separação polariza a realidade em pares dicotômicos e os hierarquiza, forçando uma escolha e a consequente exclusão. Na saúde, como em outras áreas, o público se opõe ao privado, causando a falsa impressão de que este é superior àquele e gerando demanda por serviços privados. A reivindicação de planos de saúde nas negociações entre trabalhadores e patrões, e sua inclusão em convenções coletivas, resulta da hierarquização privado/público, sempre em prejuízo desse último. Em outro giro, o conhecimento científico se opõe ao tradicional, inclusive religioso, em proporção vertiginosa. Basta lembrar que o Código Penal brasileiro contém tipos penais como o charlatanismo (Art. 283 - Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível) e o curandeirismo (Art. 284 - Exercer o curandeirismo: I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III - fazendo diagnósticos).

Em seguida, o princípio da redução destaca um dos elementos da realidade, em

²¹ RUBIO, 2013, p. 153

prejuízo dos demais, causando a falsa aparência de que a parte constitui o todo. Basta observar que somente as ações de recuperação da saúde são postas em evidência, em prejuízo da prevenção e da educação para a saúde. Da mesma forma, embora seja conhecida a importância do trabalho de fisioterapeutas, enfermeiros, psicólogos, terapeutas ocupacionais, etc., e as novas tecnologias tenham gerado o surgimento de correspondentes profissões e especialidades, o profissional médico se coloca em posição superior, ofuscando a importância dos demais trabalhadores da saúde, da família e do próprio indivíduo, no processo de promoção e recuperação da saúde.

Por fim, o princípio da abstração conduz à “omissão teórica e descritiva que deixa de lado alguns elementos ou predicados considerados importantes”²². Assim, aparentemente só o fármaco cura; só o Estado tem o dever de provisão de saúde; a pessoa que enfrenta um problema de saúde é chamada “paciente”, e tratada como objeto passivo da atenção por parte de um médico. Este princípio funciona junto com o princípio da idealização, que consiste na exagerada valorização de um elemento ou circunstância, adicionando um grau de perfeição que torna impossível sua realização. A título de exemplo, podemos identificar algumas interpretações da “assistência integral” à saúde, que trata como ilimitado o direito à saúde, ou os argumentos extremos, que apontam a imprescindibilidade de determinado medicamento ou procedimento médico (o remédio único).

A compreensão dos processos culturais pressupõe a superação do paradigma da simplicidade, que começa com a avaliação crítica dos discursos que ocultam o contexto das relações sob o manto da separação, da redução e da abstração. Edgar Morin, que qualifica a simplificação como uma patologia contemporânea do pensamento, adverte que “um pensamento mutilador conduz necessariamente a ações mutiladoras” e nos convida a distinguir sem separar, a associar sem identificar ou reduzir²³. No mesmo sentido, visando evitar as visões parciais, descontextualizadas ou separadas de suas causas, Herrera Flores propõe três critérios para a leitura dos processos culturais:

1º) A realidade, tal como a conhecemos, especialmente quando retratada em um procedimento judicial, não se apresenta como um conjunto de “estados de fato” (uma epidemia, o lançamento de um novo medicamento); o que se percebe como realidade é a forma como nos relacionamos com esses “estados de fato” (como médico, como farmacêutico, como epidemiologista, como advogado, como juiz). Assim, a realidade é

²² RUBIO, 2013, p. 158.

²³ MORIN, 2003, p. 22.

sempre a realidade experimentada pelo sujeito que a interpreta, de forma significativa, na teia de relações em que vive e sente seu próprio desenvolvimento pessoal.

Herrera Flores destaca que este primeiro critério reflete o processo de humanização decorrente da contínua construção, intercâmbio e transformação de signos e símbolos que nos conectam com o mundo. Trata-se de um critério dinâmico e “relacional” da cultura, que se opõe à visão estática do cultural. O “congelamento” de um estado de fato é sempre artificial, fruto da disjunção, da redução ou da abstração. Propõe-se, como antídoto, a adoção de uma visão criativa, que enfrente a tendência à subordinação voluntária ao pensamento hegemônico, uma visão plural, resistente às tentativas de homogeneização e eliminação das diferenças.

O exame das decisões judiciais em matéria de saúde revela que, embora os temas sejam novos, e pouco conhecidos na tradição jurídica brasileira, a controvérsia em relação aos fatos não tem sido estimulada. Embora existam casos em que há duas ou três visões diferentes sobre um “estado de fato” – a do médico assistente, a do médico regulador e a do farmacêutico –, a pluralidade de leituras não é muito explorada nas decisões.

2º) Os processos culturais se desenvolvem em contextos sociais, econômicos, naturais e políticos e neles produzem seus efeitos. Assim, o controle sobre os resultados das condutas de cada um dos atores exige atenção às origens e aos efeitos materiais dos signos que são construídos, compartilhados e transformados, bem como ao seu impacto sobre as tendências de dominação ou de resistência políticas dos grupos e interesses envolvidos. Trata-se de indagar o motivo das manifestações, seus resultados e as consequências produzidas nos diversos contextos envolvidos.

Se o Tribunal diz que a responsabilidade dos entes federativos pelas ações e serviços de saúde é solidária, o cidadão é favorecido, podendo exigir uma prestação da União, do Estado ou do Município. Tal decisão, porém, afeta o equilíbrio federativo e, na versão dos prefeitos, sobrecarrega os Municípios. O problema é maior nas situações em que o financiamento é federal – como nos serviços especializados de oncologia – e o pagamento é feito diretamente ao hospital prestador, público ou privado, resultando em uma situação na qual o mesmo produto/serviço é pago duas vezes – pela União e pelo Município, ou pela União e pelo Estado.

Neste exemplo, a decisão que assenta a “solidariedade” como princípio é um signo cultural. Petições, arrazoados, sentenças e outros atos praticados no âmbito judicial são produtos culturais. E porque o são, é possível acompanhar sua produção, distribuição e consumo. O juízo que afirma a “solidariedade” é inserido na ementa de um julgamento; essa ementa é transcrita em uma petição e transposta a outro contexto, o qual gera consequências

não previstas na decisão original. Por esse motivo, a consciência dos efeitos que os produtos culturais geram na vida dos indivíduos e grupos é sempre destacada no exame dos processos culturais.

Esse critério é necessário para que o processo cultural conduza à construção de signos, recusando a adaptação passiva ante os construídos; ao intercâmbio cultural, em oposição aos bloqueios identitários, e à transformação cultural frente a todo tipo de colonialismo que negue a possibilidade de outros mundos.

3º) O terceiro critério é o da convergência, que coincide com a proposta de Edgar Morin quanto à necessidade de adotar “um paradigma de distinção/conjunção que permita distinguir sem separar, associar sem identificar ou reduzir”²⁴. Convergência, entenda-se, em oposição ao pensamento colonialista, que parte da noção de um “centro cultural” que irradia seus “efeitos miríficos” sobre a realidade e os seres. A separação centro-periferia conduz, como sabemos, à hierarquização e suas consequências. O centro é apresentado como “puro”, em oposição aos lugares culturais contaminados por pluralidades e diferenças.

Nos processos culturais, parte-se do princípio de que “todos os seres humanos, sem exceção, são animais culturais que reagem de forma diferenciada em face dos complexos de relações em que vivem”²⁵. A cultura não se irradia a partir de um centro. Ao contrário, busca os critérios para a convergência de diferentes formas de reação cultural. Daí, na perspectiva dos processos culturais, o olhar se dirige às periferias, aos lugares situados à margem, e exige que o intérprete desenvolva sua capacidade de tradução cultural e trabalhe na construção de “zonas de contato” e “espaços de encontro”.

Situamo-nos, portanto, em processos culturais que envolvem saúde e direito. Após esta breve introdução, com o esboço de alguns elementos conceituais, podemos avançar na compreensão dos processos culturais que envolvem o bem “saúde” e o respectivo “direito”. Conforme sugere a metodologia adotada, o objetivo não é chegar a conceitos fechados. Por isso, vamos colher as posições de diversos atores e confrontá-las, buscando a convergência em um espaço aberto a novas soluções – criativas, dinâmicas e plurais.

1.1.1 Os vários conceitos de saúde e a busca de um conceito jurídico

Nosso ponto de partida é a saúde – saúde como bem – e sua garantia jurídica na

²⁴ MORIN, 2003, p. 22.

²⁵ HERRERA FLORES, 2005a, p. 96.

perspectiva dos direitos humanos. Ou, em outras palavras, a busca pela compreensão do “direito à saúde”, categoria jurídica cujo desenvolvimento, nas últimas décadas, tornou mais imprecisa a identificação e compreensão do objeto tutelado e seus limites, de forma a permitir o acesso efetivo, de forma integral, universal e equitativa, ao bem “saúde”, com dignidade.

Como medida preliminar, é necessário estabelecer a distinção entre o bem e o direito que lhe corresponde, reconhecendo a precedência daquele sobre este. Ou seja, primeiro o “bem”, depois o “direito”, e não o contrário. Em seguida, é importante revisitar o conceito definido na constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) e sua evolução ao longo de seis décadas.

A noção de bem-estar, no contexto do pós-guerra, tem significado bastante distinto a partir da emergência de uma sociedade de consumo, em escala global, modifica-se radicalmente após a virada neoliberal determinada pelo Consenso de Washington e ganha contornos ainda mais específicos na sociedade da informação/sociedade de risco.

Entre a visão ascética, compatível com o contexto em que se desenvolveu o Estado Social, e a perspectiva consumista, turbinada pela publicidade, pode-se identificar o ponto de equilíbrio que permita a concretização do ideal de saúde para todos, com dignidade.

Herrera Flores alerta para os riscos inerentes à posição dogmática que prioriza o direito sobre o bem, a norma e os procedimentos jurídicos sobre os processos vitais, o significativo sobre o significado, apontando três situações paradoxais²⁶, decorrentes de tal postura, por ele definida como uma contradição interna da visão hegemônica dos direitos humanos, a qual funciona como freio à sua realização.

Primeiro, a separação entre a luta pelo direito e a luta pelos bens, cuja consequência nefasta tem sido o adiamento *sine die* da realização daquilo que o sistema jurídico se dispõe a garantir, ou seja, a satisfação das necessidades de forma digna, com igualdade de condições sociais, econômicas e culturais. A cisão redundante na hierarquização e torna possível a escolha entre duas ordens: direito (1º) e saúde (2º) ou saúde (1º) e direito (2º). Quando a prioridade se restringe ao reconhecimento ou declaração do direito, nem todos alcançam os bens necessários para viver dignamente. O direito coincide com os valores hegemônicos, enquanto a satisfação ou provisão efetiva dos bens está condicionada pelos processos de divisão do fazer humano, ou, em outras palavras, depende de “elementos materiais”.

É o que tem ocorrido no Brasil, no campo da saúde. A declaração de direitos não corresponde à efetiva melhoria do acesso às ações e serviços, tanto públicos quanto privados.

²⁶ HERRERA FLORES, 2005b, p. 92/97.

A Constituição define o direito, em caráter geral e abstrato. A legislação e as políticas públicas detalham o campo do direito. E as decisões judiciais declaram o direito, no caso concreto. Em alguns casos, é possível alcançar o direito por essa via, mas a experiência mostra que nem todos alcançam o bem “saúde” pela força do direito. A garantia jurídica mostra-se insuficiente para assegurar o efetivo acesso aos bens, tanto pelos indivíduos quanto pela coletividade.

A ênfase na dimensão coletiva do direito à saúde implica a busca de soluções capazes de garantir a todos o acesso aos bens.

Outro grave problema decorre do processo de “reflexividade especular”, ou autopoietico, pelo qual a dignidade da condição humana se define pelo prévio reconhecimento de direitos, que garantem o direito a ter direitos, e assim sucessivamente, num processo que conduz a uma circularidade cuja consequência nefasta é sempre deixar de fora os coletivos historicamente marginalizados. Se o direito tem origem no próprio direito e gera o reconhecimento de novos direitos, nunca se chega aos bens. O mero reconhecimento de um direito à saúde e o estabelecimento de garantias jurídicas têm se mostrado insuficientes para tornar efetivo o acesso de todos, com dignidade.

No plano coletivo, o reconhecimento de direitos individuais tem contribuído para manter e acentuar a desigualdade no acesso às ações e serviços de saúde.

Por fim, a terceira situação paradoxal apontada também decorre da chamada “reflexividade especular” do direito, que induz à ilusão de que não há realidade além do próprio direito. Quando o próprio direito se converte em um fim, cessam as demais formas de luta, pois vigora a crença de que os problemas sociais podem resolver-se somente com a definição de novos direitos ou o aperfeiçoamento dos direitos existentes. As ações individuais não questionam as empresas que, amparadas no “direito”, patenteiam conhecimentos tradicionais, formas de vida, bens fundamentais.

A partir de premissas semelhantes, o italiano Luigi Ferrajoli conclui que o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais mostrou-se insuficiente para assegurar o atendimento das necessidades e interesses vitais, especialmente os de tipo coletivo, e propõe seu disciplinamento de forma autônoma:

A atribuição a todos do direito à vida e à saúde, embora estatuído em tantas cartas constitucionais e internacionais, é capaz de garantir a vida e a saúde aos milhões de pessoas que hoje vivem na indigência e que, na quase totalidade dos casos, não tem um juiz perante o qual demandar justiça, pela inexistência de tal juiz, ou porque não possuem os meios para requerê-la? Naturalmente, a afirmação de tais direitos e das

respectivas obrigações e proibições é essencial à sua tutela. Mas ela é também, nos casos exemplificados, suficiente? ²⁷

Assim, enquanto a tutela dos “Bens Fundamentais” não alcança o *status* constitucional atingido pelos “Direitos e Garantias Fundamentais”, a elaboração dogmática de uma teoria que os contemple recomenda a inversão copernicana: os bens determinam a configuração do direito. No nosso caso, para chegar ao “direito à saúde”, forçoso compreender o bem tutelado, ou seja, a saúde, para que se possa chegar ao direito e suas garantias.

Vocábulo de uso comum, “saúde!” é expressão de benção, dirigida àquele que tosse, espirra ou manifesta obstrução nas vias respiratórias. “Saúde!”, quando as taças se tocam, no brinde que precede a degustação de líquidos. “Saúde”, bandeira constante do discurso político e da organização administrativa dos entes políticos. “Saúde” como negócio, que envolve hospitais, laboratórios, farmácias, etc. São muitas as formas de uso comum do rótulo “saúde”. Daí a necessidade da melhor identificação do objeto manejado quando se trata do “direito à saúde”.

Na prática, o conceito é de difícil precisão. Examinando as decisões judiciais que tratam de objetos qualificados como “direito à saúde” encontramos pedidos variados. Desde os mais evidentes, como fármacos, procedimentos médicos, vaga para internação, a itens como transporte, energia elétrica e alimentos especiais. Pedidos que envolvem obrigações de dar – medicamentos, próteses – e pedidos que exigem fazeres – exames, assistência terapêutica, procedimentos cirúrgicos.

Por aproximação, podemos identificar e confrontar algumas concepções biológicas e sociais de saúde, com o objeto dos pedidos formulados ao Poder Judiciário sob o manto do “direito à saúde” e as referências à saúde na Constituição e nas leis. No Brasil, a Constituição de 1988 trata a saúde como um direito social (art. 6º), detalhado no Título VIII, da “Ordem Social”, no capítulo que trata da “Seguridade Social”, seção II: “Da Saúde” (artigos 196 a 200).

Falar em “direito social”, em matéria de direitos e bens fundamentais, nos remete aos processos culturais que informam o desenvolvimento **desses conceitos**, os quais remontam à Declaração dos Direitos Humanos, de 1946, e à definição de saúde da OMS, de 1948. Conforme se escreveu no preâmbulo da constituição da OMS, “Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças”. Não há como fechar os olhos a essa fórmula, vértice da concepção hegemônica de saúde nos últimos

²⁷ FERRAJOLI, 2011, p. 50.

sessenta e cinco anos; às interpretações que experimentou; às fortes objeções que lhe são dirigidas. Melhor que desqualificar o conceito é compreendê-lo no bojo de processos culturais, de forma contextualizada e dinâmica.

À medida que se muda o contexto, varia o peso dos vários elementos que compõem a definição, assim como sua aceitação, ou rejeição. Nesse sentido, um primeiro passo é retroceder até o momento inaugural e resgatar a situação problemática que deu origem à OMS e sua constituição, os valores dominantes, as necessidades e principalmente os interesses que influenciaram a construção do texto aprovado, que, apesar das críticas, mantém a redação original.

Tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto a criação da OMS e seu conceito de saúde surgem logo após a Segunda Guerra Mundial como reação à realidade vivida nos anos precedentes. A expressão “bem-estar” talvez seja o mais significativo exemplo da influência do contexto na formulação do conceito e seu desenvolvimento. Naquele momento, com a ascensão do modelo de estado do bem-estar social e a necessidade de reconstrução de enormes territórios atingidos pela guerra, o objetivo fixado – de “completo bem-estar” – encontrou na saúde individual e coletiva o seu destinatário.

Observa-se, todavia, que o estado do bem-estar social não se confunde com o estado social. Este, resultado de processos de lutas ocorridos principalmente na Europa, a partir de meados do século XIX, expressou-se em documentos jurídicos como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919. Já o *Welfare State*, cuja ideologia e valores encontram-se atrelados à Declaração de Direitos Humanos e à criação da OMS, tem suas diretrizes expostas no Plano Marshall (1947), que reflete os interesses norte-americanos na reconstrução da Europa com ênfase na economia, na revitalização do capitalismo e na proteção do “trabalho livre”²⁸.

Tornou-se comum qualificar como “utópico”, ou pouco operacional, o conceito da OMS, mas nenhum outro posteriormente apresentado foi capaz de resolver o problema que também enfrenta a Declaração Universal dos Direitos Humanos: a falta de garantias. Apesar disso, não se pode negar uma evolução, em relação à sistemática anterior, na qual as preocupações com a saúde mantinham-se sob a ótica higienista, decorrente dos impactos da urbanização na saúde dos trabalhadores. Na Sociedade das Nações, que precedeu a Organização das Nações Unidas, a Organização de Higiene cuidou principalmente dos portos, visando assegurar o livre trânsito de mercadorias, e difundiu conceitos relacionados ao

²⁸ MARTINEZ, 2005.

saneamento que orientaram a reação coletiva em face dos problemas sanitários causados pela crescente urbanização.

Saúde, afirmou-se, é mais que a ausência de doenças ou outros agravos. A aspiração – ou meta –, ainda que utópica, passou a ser o completo bem-estar, físico, psíquico e social. Mais uma vez, a ideologia predominante enfatiza a higidez do corpo – tradicionalmente vinculada à concepção de saúde –, agregando-lhe a integridade psíquica, resultante do desenvolvimento da psicanálise, uma das marcas do século XX, e a dimensão social, cujo impacto se avaliava e registrava na emergente ciência sociológica.

Significativamente foi omitida, na redação original, a dimensão espiritual da saúde, situação que somente se modificou no final do século XX, quando o conceito foi retificado. A mudança foi aprovada em 22.01.1998, pelo Conselho Executivo, por meio da Resolução EB101.R2, que definiu:

A saúde é um estado dinâmico de completo bem-estar físico, mental, espiritual e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Independentemente da adoção de visão teísta, ou ateísta, em relação à saúde, a dimensão espiritual é bastante significativa quando apreciamos os processos culturais e os confrontamos com processos ideológicos. O pensamento hegemônico utiliza a racionalidade científica para sua justificação, e desenvolve enormes esforços para desqualificar elementos religiosos, místicos ou esotéricos associados à saúde e à doença. Apesar disso, o monopólio da cura não se transferiu completamente da igreja para o hospital. Diante da doença, o apelo a rezas, benzeduras e recursos semelhantes, tidos como “alternativos”, é utilizado por considerável parcela da população, embora proscrito pelas políticas oficiais. A revisão da bibliografia sobre o tema mostra que a medicina tradicional, com sua dimensão espiritual, sempre foi combatida de forma obsessiva pela medicina científica, sem sucesso. O mercado se incomoda com aspectos que fogem de seu controle.

O propósito de promover o desenvolvimento econômico conforme o modelo capitalista americano permaneceu dissimulado sob a bandeira do “bem-estar”, mas tornou-se evidente em 1966 quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi revista com a divisão provocada pela edição de dois pactos, o dos direitos civis e políticos e o dos direitos econômicos e sociais, que resultaram na atribuição de garantias aos primeiros em oposição à postergação dos demais – neles incluída a proteção da saúde – para o futuro. Os primeiros passaram a ser vistos como direitos subjetivos, conforme o figurino tradicional, em oposição aos direitos sociais, tidos então como “não judicializáveis”.

Ao mesmo tempo em que o Estado-providência passa a ser objeto de questionamento, com o gradativo rechaço às várias formas de intervenção voltadas à promoção de direitos sociais, cresce a ênfase na figura do “consumidor” de bens e serviços. O “cidadão”, titular de direitos subjetivos oponíveis contra o Estado-providência, começa a ser substituído por um “consumidor”, estimulado a desejar o bem-estar de forma ilimitada, que lhe é vendido sob a forma de novos produtos e serviços. O “bem-estar” dos anos 1950 é diferente do “bem-estar” turbinado dos anos 1970, objeto daqueles que pejorativamente questionam as “utopias” ou lhes reduzem o valor. O bem-estar, no pós-guerra, no ambiente de reconstrução das famílias, das moradias, das cidades, mostrava-se exageradamente ascético duas décadas depois.

Con el paso del tiempo, a medida que se fueran olvidando las carencias de la posguerra, con el mundo occidental ya inmerso de plano en el desarrollo de los hábitos de consumo, esa idea del bienestar – moderadamente ascética – fue perdiendo atractivo. De hecho, parecía ya “saber a poco” a los nuevos ciudadanos consumidores de bienes que ya iban teniendo cubiertas y satisfechas sus necesidades materiales. De modo que, poco a poco, hacia finales de los años sesenta, la vieja idea de bienestar fue sustituyéndose por la más rotunda de “Bienestar Total”.²⁹

Surge, portanto, a partir do conceito da OMS, uma interpretação diferente, contaminada pela emergência da “sociedade de consumo” e sinteticamente traduzida como “qualidade de vida”, decorrente do crescente acesso às inovações tecnológicas nos produtos. As palavras são as mesmas, mas o contexto conduz ao fortalecimento do propósito de “desenvolvimento econômico” – que já estava presente no Plano Marshall e na contemporânea concepção do conceito de saúde – e de suas consequências, com destaque para a crescente mercantilização da saúde por meio de produtos e serviços.

O direito do consumidor constituiu uma forma sutil de incorporar ações e serviços de saúde à lógica do mercado, tratando a proteção da integridade física e psíquica no âmbito do “direito à segurança”, proclamado pelo presidente Kennedy em 15.03.1962. Na mesma época, no Brasil, a indústria automobilística fomenta o surgimento da medicina de grupo, promovendo gestões políticas para retirar do Estado o controle sobre a saúde do trabalhador e criando o ambiente que propiciou o surgimento das cooperativas médicas. A ideia de bem-estar passa a ser pensada como “qualidade de vida”, e pode ser comprada, em uma pílula ou um seguro-saúde.

No plano internacional, embora a *Conferência de Alma-Ata* (1978) tenha formalizado a proposta de “Saúde para Todos no Ano 2000” e reafirmado o conceito fundador da OMS, a

²⁹ SOLÍS, 1996, p. 37

agenda traçada tem como ponto forte a concepção de saúde como “ausência de doenças”. Os seus oito pontos permitem observar que a proposta de “bem-estar físico, psíquico e social” foi colocada em segundo plano:

- a educação sobre os principais problemas de saúde e sobre os métodos de prevenção e de luta correspondentes;
- a promoção da aportação de alimentos e de uma nutrição apropriada;
- um abastecimento adequado de água potável e saneamento básico;
- a assistência materno-infantil, com inclusão da planificação familiar;
- a imunização contra as principais enfermidades infecciosas;
- a prevenção e a luta contra enfermidades endêmicas locais;
- o tratamento apropriado das enfermidades e de traumatismos comuns;
- a disponibilidade de medicamentos essenciais.

O exame dos sucessivos discursos, em ordem cronológica, permite observar um movimento pendular entre duas visões de saúde: a ausência de doença, de um lado, e os aspectos coletivos, sociais e ambientais, de outro. A década de 1980 acrescenta dois novos ingredientes, fruto da experiência canadense: os conceitos de política pública saudável e o de cidade ou comunidade sustentável, que orientaram a *Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde*, realizada em Ottawa, em novembro de 1986³⁰.

Logo depois, encontramos mais uma vez a fórmula da constituição da OMS, de 1948, novamente reduzida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matérias de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Protocolo de Salvador repete, literalmente, parte da definição original, para acrescentar-lhe uma interpretação restritiva e a ressalva de que se trata de obrigação progressiva, condicionada pelo “grau de desenvolvimento” e pela “legislação interna”. A redação do dispositivo mantém a referência ao “bem-estar físico, mental e social”, mas, no item 2, procura limitar a interpretação arrolando somente medidas voltadas ao controle da doença.

Artigo 10

Direito à saúde

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:
 - a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica

³⁰ Ministério da Saúde, 2002.

essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;

- b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
- c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas;
- d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
- e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e
- f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

O texto é um bom exemplo de como, sem alterar substancialmente as palavras, impõem-se retrocessos na concepção da saúde e sua proteção jurídica. Em 1948, acordou-se para um conceito amplo, que somava o bem-estar à ausência de doença. No momento seguinte, começa a disputa entre o bem-estar/qualidade de vida e o controle de doenças. Depois, com a redação do *Protocolo de Salvador*, tenta-se suprimir a promessa de “bem-estar”, tornando-a equivalente ao combate à doença. Reduzia-se, consequentemente, a proposta de “Saúde para Todos” com a limitação do dever dos Estados ao atendimento primário, imunização e atenção focalizada em grupos vulneráveis e doenças endêmicas e profissionais, com expressa referência a grupos em “situação de pobreza”.

Com a virada do milênio, o compromisso assumido pelos participantes da *Conferência Internacional de Alma-Ata*, de saúde para todos no Século XXI, não se cumpriu. A questão ambiental agravou-se, ganhou visibilidade o risco das mudanças climáticas, mas a agenda comum saúde-ambiente não se materializou. O mercado continua apropriando-se da saúde e da vida, com patentes reconhecidas pelo sistema jurídico internacional, e o corpo ocupa o centro das atenções. É o que observa Boaventura de Sousa Santos, que aponta o corpo como raiz, e a necessidade de resgatar as opções, o pensamento e a ação emancipatórios.

Recentemente, uma organização de cientistas orientada pelo interesse público e sediada no EUA, O Council for Responsible Genetics, propôs mesmo à discussão pública uma “Carta de Direitos Genética” (Genetic Bill of Rights) que tem suscitado uma discussão em torno de novas concepções de direitos capazes de integrar a proteção do indivíduo associada à manipulação biológica e a defesa da biodiversidade de modos de relacionamento entre humanos, os outros seres vivos e os ambientes que estes constroem através da sua interação com o mundo e, naturalmente, a própria concepção do que é ser humano. Começamos o século XX com a revolução socialista e a revolução introspectiva, e estamos a iniciar o novo século com a revolução do corpo. A centralidade que então assumiram a classe e a psique é agora assumida pelo corpo, convertido, tal como a razão iluminista, em raiz de todas as opções.³¹

Talvez seja utópico. Talvez seja pouco operacional o conceito da OMS. Mas, apesar

³¹ SANTOS, 2006, p. 60.

disso, ele continua no centro da disputa que se trava em torno do projeto de saúde como ausência de doença, ou como bem-estar, como domínio da ciência ou território livre da dimensão espiritual, como saúde do corpo humano, do corpo social, ou do planeta. Como mercadoria, ou como capacidade necessária ao fazer humano.

O exame da evolução das normas internacionais sobre propriedade intelectual é um dos melhores exemplos dos mecanismos utilizados pelo mercado para turbinar a demanda por produtos supérfluos. A propósito, Carol Proner destaca a disparidade entre os investimentos em pesquisa aplicada na melhoria da aparência, no cheiro e no sabor de produtos, ou em questões meramente estéticas, como obesidade e calvície, em prejuízo de ações preventivas, como a produção sustentável de produtos agrícolas e a produção de medicamentos essenciais.

Observando-se o mercado consumidor e a oferta de produtos farmacêuticos tecnológicos constata-se uma nítida tendência à demanda de produtos intensivos em conhecimento que privilegia necessidades de consumo “supérfluo” em detrimento das reais necessidades humanas.³²

Os processos culturais são dinâmicos. Compreendê-los exige atenção às tentativas de “ordenar” a realidade, principalmente por meio da elaboração de conceitos e de sua interpretação. A fórmula da saúde, como um estado que excede a ausência de doença em direção ao completo bem-estar físico, psíquico, social e espiritual, está longe de ser estática. Suas fronteiras são flexíveis e refletem as lutas que ocorrem no seu interior. As tentativas de “cristalizar” uma dada interpretação, dentro ou fora do conceito da OMS, constituem processos ideológicos, tendentes a cercear qualquer reação que tenha vocação emancipatória. O mesmo se dá com a interpretação constitucional, que pode ser aberta, orientada pela busca da realização concreta da vida digna, ou fechada, restrita a valores abstratos ou somente a aspectos relacionados à doença.

Em relação às Cartas anteriores, a Constituição Brasileira de 1988 avançou. Trata da saúde como direito de todos e estabelece um sistema único orientado para as atividades de assistência. A interpretação literal, assistemática, de uns poucos artigos conduz à impressão de que o constituinte trabalhou com um conceito restrito, confinando “saúde” às questões associadas ao controle de doenças. Basta, porém, um breve exame dos princípios que sedimentam a pedra angular do pacto constitucional para afastar referida conclusão. Fundado na dignidade da pessoa humana e orientado para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para a redução das desigualdades e para a “promoção do bem”, o Estado brasileiro

³² PRONER, 2007, p. 357.

se compromete com a saúde por inteiro, de forma integral, como estado de completo bem-estar, físico, psíquico, social e espiritual.

Expressamente, a saúde figura no texto da Constituição da República Federativa do Brasil entre os “Direitos e Garantias Fundamentais” (Título II), situando-se ao lado da educação, da alimentação, do trabalho, da moradia, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância e da assistência aos desamparados, entre os direitos sociais (art. 6º). No Capítulo anterior, que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, a garantia se dirige aos correlatos: o inviolável direito à vida (*caput*), a proibição do tratamento desumano ou degradante (inciso III), a inviolabilidade da intimidade, da vida privada (inciso X) e dos dados pessoais (inciso XII). Também se declara a inviolabilidade da liberdade, da liberdade de consciência e de crença (inciso VI), e se incorporam ao texto, com *status* de emenda constitucional, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional (§ 3º, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).

Apesar disso, a concepção reduzida de saúde como “ausência de doença” ganhou força na interpretação dos Tribunais. Na maior parte das decisões judiciais que tratam do direito à saúde, no Brasil, a primeira referência é sempre dirigida ao art. 196 da Constituição de 1988, no qual se lê que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Nota-se, porém, que a ênfase é dada à primeira parte da assertiva, que estabelece o desenho de uma relação jurídica em que o Estado figura como obrigado. Pouco peso se atribui às políticas públicas, que podem ser interpretadas como meio ou como limite, e à determinação de que o acesso seja “igualitário”. Tampouco é frequente a discussão em torno da expressa referência “às ações e serviços” de assistência à saúde. O texto constitucional enfatiza a obrigação de fazer, outorgando às ações e serviços de saúde o *status* de “relevância pública”, e impondo ao poder público o dever de promover sua “regulamentação, fiscalização e controle” e permitindo que a execução seja feita diretamente pela União, pelos Estados e Municípios ou por terceiros, inclusive pessoas físicas e jurídicas de direito privado (art. 198).

A redação adotada acaba favorecendo interpretações reducionistas e a ênfase nas atividades de recuperação da saúde, afastando o intérprete da concepção ampliada e complexa de saúde, que autoriza a reivindicação de critérios sanitários em um amplo aspecto de políticas públicas. Das finanças à proteção ambiental, da agricultura à educação, a ação governamental produz impacto na saúde, enquanto estado de completo bem-estar. O

paradigma da simplicidade conduz à redução e à confusão entre saúde e assistência à saúde.

Assim, um primeiro problema a ser enfrentado, a partir do texto definido pelo legislador constituinte, é a possibilidade de distinção entre “saúde” e “assistência à saúde”. Percebe-se que a jurisprudência, quando diz “saúde”, definindo-a como bem, objeto de direito (art. 196), na verdade se refere “às ações e serviços” de assistência à saúde (art. 197). Observando-se os pedidos deferidos em ações judiciais, verifica-se que o objeto é sempre uma obrigação de dar (medicamento, prótese, alimento) ou de fazer (intervenção cirúrgica, transporte, exame). A saúde, em si, não é objeto dos pedidos, circunstância que sugere ser mais exato falar em direito “às ações e serviços” de assistência à saúde. Em outras palavras, a redução do conceito de saúde às ações de assistência à saúde se reflete nas decisões judiciais, contribuindo para que as ações individuais se afastem das políticas voltadas à promoção do bem de todos e à redução das desigualdades.

Na América Latina, algumas constituições reconhecem o direito à “proteção da saúde” (Chile, Cuba, Honduras, México, Peru e Venezuela), enquanto outras, a exemplo do Brasil, reconhecem diretamente um “direito à saúde” (Bolívia, Equador e Guatemala). A Constituição do Paraguai declara que “el Estado protegerá e promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad [...]” e a panamenha detalha ainda mais, em seu artigo 109:

ARTICULO 109. Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social.³³

Além do detalhamento, que expressamente menciona a promoção, a proteção, a conservação e a restituição da saúde, a Constituição do Panamá se diferencia da brasileira ao estabelecer uma obrigação para o cidadão. Também caminham no mesmo sentido, mencionando expressamente um dever individual de cuidado com a saúde, as Constituições da Colômbia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguai e Peru³⁴.

No Brasil, a interpretação corrente cuida da saúde como “dever do Estado”, reconhecendo a existência de um direito subjetivo público que qualquer pessoa pode opor ao Estado. Daí, quando se trata da fundamentação de ações movidas em face de qualquer dos entes federativos (União, Estado ou Município), em geral não se cogita da coexistência de

³³ <<http://www.asamblea.gob.pa/asamblea/constitucion/index.htm>> Acesso em: 06.03.2013

³⁴ BORBA e HOSSNE, 2010, p. 42.

deveres de pessoas jurídicas de direito privado, da sociedade ou do próprio indivíduo, que foi expressamente prevista na Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8.080/1990), em seu artigo 2º, § 2º.

De qualquer forma, nosso objetivo neste tópico é examinar o plexo de significados compreendidos na expressão “saúde”, no contexto do “direito à saúde”, enfatizando a distinção entre os vários aspectos da sua ausência – por agravo ou enfermidade – como estados de fato, e a percepção de saúde como “processo cultural”, necessária à compreensão da tese proposta. Enquanto “processo cultural”, a compreensão da saúde é dinâmica, produto da reação de indivíduos e grupos ao meio em que vivem.

A interpretação da saúde como “processo cultural” não exclui suas variadas possibilidades de expressão enquanto “estado de fato”. Pelo contrário, embora seja importante, neste passo, a percepção do objeto deste estudo sob a visão crítica, como processo cultural, é imprescindível não perder de vista os vários aspectos da saúde enquanto “estado de fato”, ou seja, como a ausência de enfermidades e outros agravos, como bem-estar físico, psíquico e espiritual, como aptidão genérica para interação com o entorno. Ou, sob a ótica reduzida dos pedidos e consequentes decisões judiciais, como acesso a determinada linha terapêutica, procedimento clínico ou fármaco. Para avançar, é preciso reconhecer os elementos que assinalamos no mapa: saúde, assistência à saúde, estados de fato, processos culturais, etc., com ênfase nesses últimos.

O marco teórico aqui definido para a investigação do “direito à saúde” tem como ponto de partida a teoria crítica dos direitos humanos desenhada por Joaquín Herrera Flores, que pressupõe a identificação e a valorização dos processos culturais, e, no bojo destes, as metodologias de ação social, os signos culturais e os circuitos de reação cultural aplicados à saúde e ao direito.

O processo não se confunde com o “estado de fato”. O “processo” é o caminho, o itinerário por meio do qual se edifica uma “concepção material da realidade”³⁵ que se opõe às visões colonialistas impostas pelo sistema hegemônico, que se caracterizam por previamente impor formas rígidas de entender o mundo e atuar nele.

Não se trata dos procedimentos jurídicos formais que condicionam o acesso aos bens conforme determina a racionalidade dominante. Pelo contrário, o “processo cultural” se identifica com os procedimentos participativos nos quais todos os atores podem intervir no próprio processo, definir seu objeto e construir formas de igual acesso a todas e todos. Um processo que brota da capacidade humana de agir, da constante possibilidade de novas ações e

³⁵ HERRERA FLORES, 2005a, p. 77.

novas criações, de novos sentidos, de novas possibilidades de ação, de instituição, de política, de convivência, de humanização, pois, como disse Antonio Machado, poeta sevilhano, “no hay camino, se hace camino al andar”, e o movimento é a marca do processo cultural.

El camino – Tao lo han llamado desde hace siglos las culturas orientales –, no está hecho. Como dijo el poeta español, el camino, el proceso, se hace al andar, al caminar, al entregar-se a la aventura del itinerario y del movimiento. Caminar para fluir de un lugar a otro, de un producto cultural a otro, de una teoría a otra, de una práctica a otra práctica, de una ciencia a otra ciencia, de un estado de cosas a otro. Nada es estático, aunque la cultura dominante intente denodadamente cercar el aire, amurallar el mar e impedir el flujo incesante del pensamiento.³⁶

A ênfase nos processos culturais se justifica a partir do momento em que se assume a intenção de transformar a realidade, promovendo sua humanização.

I.1.2 Marcos no processo de luta pelo reconhecimento da saúde como direito

As formulações abstratas em torno da saúde forjaram-se a partir de processos culturais, processos de luta e resistência que se desenvolvem paralelamente à evolução das políticas de saúde como forma de desenvolvimento. No Brasil, ao longo do século XX, o Ministério da Saúde foi o primeiro a estabelecer políticas nacionais, centralizadas, que ensejaram reações de cunho emancipador. As Conferências Nacionais de Saúde, realizadas a partir dos anos 1940, permitem que se percebam os impactos das políticas e correspondentes reações, destacando-se o papel central da 8ª Conferência, de 1986, para a definição dos princípios que norteiam o SUS.

O estudo das Conferências Nacionais de Saúde mostra a alternância entre discursos e propostas emancipadoras e reguladoras. A tensão entre tentativas de centralizar e unificar as políticas e os processos de luta pela descentralização e a democratização das decisões em saúde coletiva. O conflito entre as práticas tradicionais e os modelos científicos, o conhecimento popular e a tecnocracia. Tudo isso facilita a identificação de signos culturais – entre os quais se destaca a *8ª Conferência Nacional de Saúde* –, a compreensão de suas funções (causal, metamórfica e interativa) e seu funcionamento em circuitos de reação cultural.

Ao lado da função regulatória, por meio da qual o direito se realiza para a promoção da ordem, identifica-se uma função emancipatória, comprometida com a autonomia concreta dos indivíduos, que podem liberar-se do jugo colonialista e fazer seu próprio caminho. Quando tomamos como ponto de partida – ou como meta única – a idealizada “ordem

³⁶ HERRERA FLORES, 2005a, p. 77.

jurídico-sanitária”, a rigidez dos conceitos abstratos embarga o movimento e dificulta a transformação dos ambientes natural, social e psíquico. Daí a necessidade de construir uma nova abordagem, tanto do direito quanto da saúde, enquanto processos culturais, para a produção coletiva do conhecimento apto à transformação necessária ao desenvolvimento humano.

Há humanização – pontua Herrera Flores – quando se pode intervir, interpretar e explicar as relações em que nos encontramos inseridos. Na direção oposta, identifica-se o viés regulador quando se impõe a visão monocultural, neutra e conformista do mundo. Para ele, a humanização apresenta características emancipadoras quando as intervenções, interpretações e explicações partam de uma perspectiva de pluralidade cultural e compromisso com a vida digna e com o inconformismo em face dos processos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano conforme o cânone hegemônico. Boaventura Sousa Santos, que também trabalha a partir do binômio regulação-emancipação, os apresenta como dois pilares que sustentam a modernidade:

O paradigma da modernidade comporta duas formas principais de conhecimento: o conhecimento-emancipação e o conhecimento-regulação. O conhecimento-emancipação é uma trajetória entre um estado de ignorância que designo por colonialismo e um estado de saber que designo por solidariedade. O conhecimento-regulação é uma trajetória entre um estado de ignorância que designo por caos e um estado de saber que designo por ordem. Se o primeiro modelo de conhecimento progride do colonialismo para a solidariedade, o segundo progride do caos para a ordem. Nos termos do paradigma da modernidade, a vinculação recíproca entre o pilar da regulação e o pilar da emancipação implica que estes dois modelos de conhecimento se articulem em equilíbrio dinâmico. Isso significa que o poder cognitivo da ordem alimenta o poder cognitivo da solidariedade, e vice-versa.³⁷

Convém assinalar, neste ponto, que a palavra “regulação” é utilizada neste contexto com um significado específico, que não se confunde com a concepção de regulação que tornou-se corrente no direito administrativo e orienta, por exemplo, a criação de agências reguladoras, “abrangendo atividades diversas atinentes aos órgãos reguladores, tais como as de normatizar (regulamentar), fiscalizar, impor sanções, assim também como obtenção de acordos, conciliação de interesses ou atuação persuasiva em vista de um determinado objetivo”³⁸.

O significado de regulação, aqui, é mais amplo, no sentido apontado por Boaventura Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores, que, conforme a oportuna crítica de David Sanchez Rúbio, poderia ser melhor expresso com a palavra “dominação”. Para o professor da

³⁷ SOUSA SANTOS, 2005, p. 78.

³⁸ MIRAGEM, 2013, p. 58.

Universidade de Sevilha, o binômio dominação-emancipação, vinculado ao conceito de libertação, é o que melhor se presta à compreensão dos processos sob exame. Pondera que a regulação, em si, não é negativa, “pode ser mais ou menos rígida ou mais ou menos flexível, mas é necessário que o ser humano sempre busque, de uma ou outra forma, canalizar, ordenar ou classificar a realidade” e conclui ser necessário verificar “o significado que se dá à regulação ou à dinâmica que produz” podendo ser, esta sim, emancipadora ou dominadora na medida em que os actantes sejam ou não reconhecidos como sujeitos. De qualquer forma, seguindo os conceitos assentados, o termo “regulação” será o utilizado, com a compreensão de que se refere à dominação, ao predomínio de processos ideológicos que produzem a exploração, a exclusão, a hierarquização.

[...] as repercussões desta regulação colonizadora são nefastas para os seres humanos e para a natureza, já que ambos são transformados em coisas ou objetos suscetíveis de invasão, apropriação e destruição ao ficarem as instituições encarregadas de gerenciar a ordem social dotadas de um significado que valoriza mais determinadas produções humanas que os sujeitos que as produzem e as significam.³⁹

Em todas as épocas, em todos os lugares, no curso dos séculos, saúde e cuidados com a saúde têm sido elementos importantes do processo de dominação (regulação), funcionando como instrumentos de controle sobre as pessoas a partir do controle do conhecimento sobre o funcionamento de seus “corpos” e os meios de promover seu aperfeiçoamento. Igualmente, por outro lado, não há como imaginar emancipação sem que se conheçam os meios de alcançar autonomia de movimentos, o que pressupõe o corpo são.

Mais que um bem, saúde é condição de acesso aos bens. O acesso ao trabalho exige a sanidade corporal, o acesso ao lazer está vinculado ao prazer do corpo, o acesso ao conhecimento exige pleno funcionamento dos sentidos, etc. Um bom exemplo desta visão é encontrado no sistema do yoga, no qual o controle da mente e a libertação – o estado de Nirvana – somente são alcançados por meio do desenvolvimento do corpo, obtido por meio do chamado hatha yoga, cuja meta é o desenvolvimento de um corpo vigoroso.

No plano político, esse controle sobre o corpo ganha dimensão coletiva no modelo de “governamentabilidade” adotado pelo Estado liberal. Conforme a percepção crítica de Michel Foucault, o estilo de governar desenvolvido nos últimos séculos tem suporte em disciplinas desenvolvidas a partir das características biológicas fundamentais e aperfeiçoou-se, como o neoliberalismo, com o aprimoramento de instrumentos de controle, pressão e coerção. Trata-se da tentativa de governar todos os aspectos da vida humana por meio do biopoder

³⁹ RUBIO, 2014, p. 70.

(biopolítica), o qual se materializa também em instrumentos jurídicos e utiliza o ente estatal, com seu poder de polícia, para controlar os indivíduos, cujas características e necessidades biológicas orientam as ações do mercado. Em resumo, a estratégia de poder é a estratégia de controle dos corpos, pelo mercado, especialmente por meio do ente estatal.

No fundo, se de um lado o liberalismo é uma arte de governar que manipula fundamentalmente os interesses, ele não pode – e é esse o reverso da medalha – ele não pode manipular os interesses sem ser ao mesmo tempo o gestor dos perigos e dos mecanismos de segurança/liberdade, do jogo segurança/liberdade que deve garantir que os indivíduos ou a coletividade fiquem o menos possível expostos ao perigo.⁴⁰

As ações e serviços de saúde podem servir à emancipação, se produzidos em processos culturais abertos, participativos, plurais, ou, se subordinados aos interesses do mercado, funcionar como instrumento de controle. Quando a própria comunidade pode investigar e debater os riscos e permite que sejam escolhidas as formas de reação individual e coletiva, pratica movimentos que se enquadram no pilar da emancipação. Se, por outra via, a definição dos riscos e dos mecanismos de segurança é concentrada na esfera do mercado, que inventa a doença e vende a cura, o processo ideológico obstrui qualquer reação que lhe escape ao controle. Assim, conforme assinala o professor Antonio Carlos Wolkmer, o pluralismo deve ser visto como condição primeira para a superação do neocolonialismo liberal do capital financeiro.

Antes de mais nada, na perspectiva da América Latina, para se instituir uma cultura político-jurídica mais democrática é necessário pensar e forjar formas de produção do conhecimento que partam da práxis democrática pluralista enquanto expressão do Direito à diferença, à identidade coletiva, à autonomia e à igualdade de acesso a direitos. Há, portanto, que desencadear tal processo, revendo o pluralismo como princípio de legitimidade política, jurídica e cultural.⁴¹

Políticas públicas podem trilhar qualquer desses caminhos, subordinando-se ao controle social, em processos abertos e participativos de formação da vontade coletiva, ou subordinando-se às imposições do mercado, que detém “direitos” sobre soluções patenteadas. Talvez o melhor exemplo do absoluto controle que o mercado tenta impor sobre os corpos seja a proliferação do uso dos telefones móveis, que lograram ampliar o controle das empresas sobre atividades desenvolvidas pelos trabalhadores. O professor Giuseppe Cocco, da UFRJ, avalia a privatização das telecomunicações como estratégia do mercado para ampliar o poder sobre os assalariados.

⁴⁰ FOUCAULT, 2008, p. 90.

⁴¹ WOLKMER, 2008, p. 183.

[...] as tecnologias de poder passam exatamente nos processos políticos de definição da esfera pública. A transformação desta em uma dinâmica de mercado (e daí as privatizações) não diz apenas respeito a um mecanismo de acumulação primitiva, mas sobretudo à legitimação do aparelho de modulação: oferecer um telefone celular a todo mundo quase gratuitamente significa querer incluir na dinâmica de acumulação qualquer um de maneira muito mais eficaz do que faziam os mecanismos de integração pelo emprego e pelo Estado (a telefonia estatal). [...] o mercado só consegue manter um funcionamento como esfera pública (da qual é, na realidade, uma paródia) na medida em que o bloco de poder (o biopoder) é capaz de conter o movimento para fora da relação salarial.⁴²

Se lidamos com as questões de saúde e assistência à saúde orientados pela crítica às formas de opressão decorrentes das práticas de biopoder e biopolítica, não podemos nos valer unicamente de conceitos abstratos e instrumentos estatais de regulação. A visão complexa, crítica e orientada para o fortalecimento de ações humanizadoras encontra no modelo aqui apresentado como “processo cultural” um instrumento adequado à sua realização.

Vale lembrar que a época atual também se caracteriza como um tempo em que predomina o risco: industrialização, urbanização, poluição, destruição da camada de ozônio, explosão demográfica, esgotamento dos recursos naturais, mudanças climáticas, etc. Tudo tem impacto na saúde, individual e coletiva, e exige instrumentos aptos a lidar com situações complexas.

Assim, ao se tratar do direito e da saúde – e do direito à saúde, em consequência – como processos culturais, pretende-se oferecer uma alternativa emancipatória para o enfrentamento de problemas que se mostram cada vez mais complexos. A judicialização da saúde tem produzido resultados, conforme avaliaremos nos capítulos seguintes, mas a forma como vem sendo conduzida tem sido insuficiente para dar conta dos desafios que se avolumam dia a dia. Além disso, quando se toma o sistema jurídico e suas disposições abstratas como ponto de partida, aspectos reguladores predominam e obstruem iniciativas tendentes à emancipação.

A mera compreensão dos processos culturais implica fomento à participação. Se pensamos a saúde em uma determinada comunidade, com suas características ambientais, sua história, suas práticas, somos obrigados a deixar de lado as concepções abstratas e a identificar elementos concretos que podem contribuir para o bem-estar das pessoas e – na via oposta – ser causa de doenças e outros agravos.

As prescrições normativas examinadas – saúde é o “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças”, da OMS, e “saúde é direito de

⁴² COCCO, 2009, p. 135.

todos e dever do Estado”, da Constituição brasileira, entre outras – não constituem ponto de partida para a garantia do acesso a bens essenciais. Embora importantes, em perspectiva histórica, política e principalmente jurídica, somente fazem sentido quando examinadas no contexto de processos culturais que as antecedem e permanecem em curso, e são permanentemente reinterpretadas cada vez que são invocadas, utilizadas e recontadas em novas narrativas criadas em torno de problemas.

A construção do Sistema Único de Saúde no Brasil se deu por meio de um processo cultural que teve seu ápice na *8ª Conferência Nacional de Saúde*. A reação organizada dos trabalhadores da saúde ao modelo desenvolvido ao longo do século XX foi o germe de um modelo que, significativamente, privilegiou a realização de conferências e a instituição de conselhos para a elaboração das políticas de saúde.

Na experiência brasileira, o confronto entre processos ideológicos (reguladores) e processos culturais (emancipadores) tem sido constante nas últimas décadas. O exemplo mais evidente, nas questões que envolvem a saúde humana, são as conferências e conselhos de saúde, sua origem e desenvolvimento, e a persistente divergência entre as teorias que orientam sua forma institucionalizada e a prática observada em sua formação e funcionamento na União, nos Estados e Municípios brasileiros.

As conferências nacionais de saúde foram convocadas com objetivos bem definidos e geraram relatórios que descortinam o teor dos problemas debatidos, dos discursos adotados e das soluções propostas pelos participantes. O exame desses documentos oferece uma visão panorâmica da evolução das políticas de saúde, da cultura e da ideologia predominantes no Estado Novo (1937-1945), sob a Constituição de 1946 (1946-1964), durante os governos militares (1964-1985) e sob a influência da Constituição de 1988.

A partir da distinção teórica entre processo cultural e processo ideológico, a leitura dos relatórios e a crítica correspondente atendem aqui a critérios que permitem mensurar a presença de processos emancipatórios. No vértice, como elemento comum a todas as culturas, situa-se a noção de dignidade. A busca da saúde como processo cultural é a busca da saúde com dignidade.

As conferências surgiram com propósito regulador, no primeiro governo Getúlio Vargas, visando facilitar o controle das ações de saúde realizadas nos Estados por parte do governo federal. Na 1ª Conferência, realizada em 1941, reuniram-se setenta técnicos em torno de um plano de trabalho orientado para a elaboração de um programa nacional de saúde e da

definição, a partir da União, do “sistema de organização e de administração sanitárias e assistenciais, nas órbitas estadual e municipal”⁴³. O questionário encaminhado aos Estados demonstra interesse em conhecer a estrutura existente, silenciando a respeito de quaisquer formas de participação da população assistida na definição das políticas. Nasce, portanto, com o objetivo de estabelecer o controle centralizado, da União, sobre os Estados e Municípios. O objetivo do governo central é controlar tudo por meio de uma burocracia formada por técnicos que, pouco a pouco, tornaram-se tecnocratas⁴⁴.

A 2ª Conferência, realizada sob a Constituição de 1946, tratou de higiene e segurança do trabalho (1950). Na seguinte, como reação à política adotada no Estado Novo, a temática girou em torno da descentralização (1963). Nota-se que a 3ª *Conferência Nacional de Saúde*, realizada entre 9 e 14 de setembro de 1963, no Rio de Janeiro, recomendou a municipalização, propondo que cada Município desenvolvesse, no mínimo, as seguintes atividades:

- a) medidas elementares de saneamento do meio;
- b) fiscalização dos gêneros alimentícios, das habitações e dos estabelecimentos que lidam com a produção e comércio de alimentos;
- c) imunização contra doenças transmissíveis;
- d) prestação dos primeiros atendimentos de assistência aos doentes;
- e) programas de proteção à maternidade e à infância;
- f) educação sanitária;
- g) levantamento dos dados de estatística vital.⁴⁵

Apesar da orientação pela descentralização, persiste a concentração das decisões. A descentralização começa a ocorrer em relação à execução, permanecendo concentrados na União o poder decisório e os recursos necessários ao financiamento das ações. Durante os governos militares, nas décadas de 1960 e 1970, cresce o poder dos técnicos e a influência de interesses privados, com deliberada exclusão dos usuários e dos trabalhadores. A crescente intervenção do Estado atendeu a interesses privados, que “passaram a se incrustar nos aparelhos de política social, criando uma situação aparentemente paradoxal, no caso da assistência médica, na qual a crescente intervenção estatal foi o mecanismo que possibilitou a privatização da política pública”⁴⁶.

⁴³ <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/1confna_ed.pdf%20> Acesso em: 24.01.2014.

⁴⁴ LOPEZ e MOTA, 2008, p. 689.

⁴⁵ <http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_7.pdf> Acesso em: 24.01.2014.

⁴⁶ TEIXEIRA e MENDONÇA: 1989, p. 202

Nas conferências seguintes, os debates giraram em torno de recursos humanos (1967), saúde materno-infantil, vigilância epidemiológica e atenção à população rural (1975), controle de endemias (1977) e extensão dos serviços básicos (1980).

A grande virada ocorre na década de 1980, ainda durante o governo militar, quando a *8ª Conferência Nacional de Saúde* incorpora os discursos do Movimento Sanitário, engendrado a partir de movimentos e ações desenvolvidos nas décadas precedentes. Entre os vários aspectos de sua metodologia de ação, destacam-se a ênfase na efetiva participação da sociedade civil e sua concepção como protagonista da elaboração das políticas de saúde. Em outras palavras, a partir do modelo teórico aqui delineado, é o momento em que o processo regulador começa a ceder espaço a um novo processo cultural, de cunho emancipador. Se na 7ª Conferência participaram 400 técnicos, a maioria ligados ao governo, a 8ª Conferência contou com 4.000 pessoas, entre as quais 1.000 delegados escolhidos em pré-conferências preparatórias, estaduais e municipais, reunidos em 135 grupos de trabalho.

O texto do relatório final permite que se apreendam as noções de saúde e de direito como processos culturais, dinâmicos, concretos, construídos em processos de luta orientados pela busca da vida digna. Literalmente, são conclusões da 8ª Conferência, entre outras:

1. Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.
2. A saúde não é um conceito abstrato. Define-se no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas.
3. Direito à saúde significa garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.
4. Esse direito não se materializa simplesmente pela sua formalização no texto constitucional. Há, simultaneamente, necessidade de o Estado assumir explicitamente uma política de saúde consequente e integrada às demais políticas econômicas e sociais, assegurando os meios que permitam efetivá-las. Entre outras condições, isso será garantido mediante o controle do processo de formulação, gestão e avaliação das políticas sociais e econômicas pela população. [...]

Avaliada vinte anos depois, na síntese apresentada pelo Ministério da Saúde, em 2006, quando a Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa lançou o documento “A construção do SUS: histórias da reforma sanitária e do processo participativo”⁴⁷, a década de 1980 é o

⁴⁷ Ministério da Saúde, 2006, p. 42

momento em que diversas forças se unem e realizam a 8ª *Conferência Nacional de Saúde*, em 1986, base do texto da Constituição brasileira, aprovado em 1988, que institucionalizou o Sistema Único de Saúde. Além da ênfase no papel da sociedade e sua participação, o movimento cresce reconhecendo e respeitando a identidade dos agentes envolvidos, comprometido com a universalização de direitos e o controle social do aparelho estatal.

Na década seguinte, a 9ª *Conferência Nacional de Saúde* – já sob inspiração da nova Constituição da República – enfatiza a necessidade de participação e o conceito de “controle social” das políticas de saúde, propondo estratégias para o fortalecimento dos conselhos municipais de saúde. O texto do relatório final produzido em fevereiro de 1993 identifica “sindicatos” e “partidos políticos” como principais protagonistas, mas enfatiza a importância da autonomia e independência das “demais organizações populares”:

A prática do controle social sobre políticas e atividades envolvidas com a Seguridade Social e promoção da qualidade de vida da população é um componente intrínseco da democratização da sociedade e do exercício da cidadania. Para que se concretize, é importante que os movimentos populares criem e mantenham seus foros independentes e autônomos, buscando a discussão dos problemas e soluções para as questões de saúde, numa perspectiva transformadora. A participação, independentemente de sua forma, deve se dar como uma prática que busque a transformação da estrutura social. Nesse sentido, é inegável a importância da participação dos sindicatos, partidos políticos e demais organizações populares na luta por essas transformações. A preservação da autonomia e independência dos movimentos sociais é fundamental para evitar a sua instrumentalização. O controle social não deve ser traduzido apenas em mecanismos formais e sim refletir-se no real poder da população em modificar planos e políticas, não só no campo da Saúde.⁴⁸

Os documentos produzidos nas sucessivas Conferências Nacionais de Saúde indicam que tais eventos tornaram-se, de fato, abertos à participação da sociedade civil. Em 1996, a 10ª Conferência foi precedida por quase 3.000 Conferências Municipais, que elegeram os 1.260 delegados, respeitada a regra legal de representação paritária, ou seja, metade dos participantes representavam os usuários do sistema de saúde. A estes, somaram-se 351 convidados e 1.341 observadores. O relatório final indica que tal realidade não se reproduzia nos Conselhos de Saúde, e o fato foi registrado como demonstração de desrespeito à legislação do SUS, que prescreve o caráter deliberativo do órgão⁴⁹ e sua formação, necessariamente paritária.

⁴⁸ < http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_9.pdf > Acesso em: 01.02.2014

⁴⁹ - “O Conselho de saúde é um órgão deliberativo do SUS, com atribuições bem definidas em relação às quais ele pode deliberar sobre vários assuntos, normatizando, recomendando ou promovendo diligências, que são as três modalidades tradicionais de atuação de um colegiado dessa natureza.” (CARVALHO e SANTOS, 2006, p. 250)

Os participantes da 10ª Conferência Nacional de Saúde deliberaram pelo aprofundamento e pelo fortalecimento do controle social, reafirmando a obrigação de os gestores cumprirem a legislação do SUS também no que se refere ao caráter permanente e deliberativo dos Conselhos de Saúde, na formulação e no controle da execução da Política de Saúde. Determinaram ainda, as responsabilidades dos gestores do SUS no estabelecimento de medidas que garantam pleno funcionamento dos Conselhos de Saúde. Destacaram proposições de alteração da composição atual dos Conselhos de Saúde e de reforço da articulação autônoma entre Conselhos e conselheiros de saúde.⁵⁰

Quatro anos depois, a 11ª Conferência, realizada em 2000, apresenta-se como legítima representante dos usuários ao adotar, como dístico, a pretensão de expressar “O Brasil falando como quer ser tratado”. Seu relatório é bastante crítico em relação à política adotada pelo Governo Federal, “que privilegia a lógica do ajuste econômico em detrimento das políticas sociais” e aponta uma agenda para a efetivação do SUS e do controle social.

Foram apontados vários aspectos que dificultam o desenvolvimento dos mecanismos de Controle Social, a saber: a) a ausência de uma cultura de Controle Social e transparência na gestão dos recursos públicos, agravada pelo autoritarismo dos gestores no exercício do governo (desobediência às prerrogativas dos conselheiros, sobretudo em relação aos representantes dos usuários); b) a falta de legitimidade de alguns conselhos municipais e irregularidades na sua composição; c) a desarticulação dos conselhos com a sociedade, com os poderes constituídos e com outros conselhos; d) a descontinuidade do trabalho dos conselhos quando ocorre a troca do gestor municipal e o receio, por parte dos conselheiros, de possíveis represálias do poder político; e) a falta de articulação e insuficiência dos mecanismos de comunicação entre os conselhos nas três esferas de governo, com falta de divulgação e transparência das discussões e deliberações dos Conselhos Nacional e Estaduais para os Conselhos Municipais, e destes para as comunidades; f) a falta de representatividade dos conselheiros, freqüentemente desarticulados das bases, instituições ou segmentos que representam, desmotivados e ausentes das reuniões, omissos em cumprir o seu papel nos fóruns, com pouca capacidade para formular propostas alternativas e efetivas aos problemas de saúde, sendo freqüentemente indicados clientelisticamente, dentro de um contexto geral de desorganização da sociedade civil; g) a falta de capacitação de gestores e conselheiros (falta de informações quanto aos princípios e legislação do SUS, extensivos aos cidadãos de forma geral; deficiências de capacitação dos conselheiros); e h) o desconhecimento dos conselheiros sobre as formas e mecanismos de recorrer ao Judiciário e a outros mecanismos de exercício do Controle Social.⁵¹

O rol de prescrições decorre da falta de coincidência entre teoria e prática; entre a crença de que a saúde é um processo cultural, permanentemente construída por meio da participação de todos, e a persistência de um sistema decisório centralizado, impermeável ao cidadão. Já se notava que as reflexões e decisões adotadas em belas conferências de saúde não se transformavam em realidade nos Municípios brasileiros. Avançou a organização

⁵⁰ <http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_10.pdf> Acesso em: 01.02.2014.

⁵¹ <http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_11.pdf> Acesso em: 01.02.2014.

burocrática do SUS, com a edição e aperfeiçoamento de normas operacionais e dos sistemas de pactuação entre os gestores públicos, mas a população permaneceu distante desse processo, literalmente “paciente” em relação às práticas e ignorante quanto às políticas públicas de saúde.

Em 2003, com a eleição de Luiz Inácio Lula da Silva para a Presidência da República, decidiu-se antecipar, em um ano, a realização da 12ª Conferência, com a renovação da promessa de que a “participação popular no governo federal deixou de ser mera formalidade, tornou-se ação política concreta”. Constatou-se, porém, que a legitimidade de uma Conferência Nacional seria maior com a revisão de sua metodologia, visando dotar de maior segurança as suas deliberações.

Apesar das inovações realizadas, parece-nos estar se firmando um consenso de que a metodologia das conferências necessita de profunda revisão. É próprio do vigor da participação social e do desenvolvimento do SUS a existência de um número cada vez maior de temas e de propostas específicas. O objetivo da Conferência Nacional, por sua vez, é de estabelecer diretrizes e propostas estruturantes de grande força por sua centralidade, coerência, legitimidade social e capacidade de galvanizar os gestores e o movimento social em torno de sua realização. Ela deve ser, portanto, o coroamento de um processo ascendente e seletivo, com maior resolutividade de suas etapas preparatórias para permitir aos delegados deliberarem o essencial com plena informação e tranquilidade.⁵²

Em outras palavras, a progressiva participação de diversos segmentos nas Conferências Nacionais produziu avanços, mas não foi capaz de tornar efetivo o controle social na base, com democratização do poder decisório nos Municípios. As ações de capacitação de conselheiros e a crescente intervenção do Ministério Público e do Poder Judiciário, visando ao fortalecimento do controle social, mostraram-se insuficientes para reverter os processos ideológicos que impedem a efetiva participação de todos nas decisões sobre saúde. Daí a pouca diferença entre as diretrizes apontadas na 12ª Conferência em relação às anteriores, no que diz respeito ao controle social. Um importante avanço, porém, foi a expressa menção a outros protagonistas, além dos sindicatos de trabalhadores e partidos políticos. O texto revela a preocupação com a interculturalidade na formação dos Conselhos, para além da composição meramente paritária. Dentre as diretrizes aprovadas, destacam-se, nesse sentido:

[...] 3. Defender a democratização das relações entre a sociedade e o Estado, promovendo o exercício da cidadania, com maior participação da população nas três esferas de governo mediante a criação de mais espaços públicos de participação política, com a garantia de respeito à diversidade de gênero, raça, etnia, orientação

⁵²<http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_12.pdf> Acesso em: 01.02.2014.

sexual, deficiência e orientação religiosa. [...] 15. Ampliar e implementar políticas públicas afirmativas, inclusivas e de combate a preconceitos, em particular as ações sociais do governo na área da Saúde, com campanhas educacionais claras e objetivas nos meios de comunicação, que contemplem as questões de raça, étnicas, de gênero, orientação sexual, religião, as especificidades dos diversos ciclos de vida (idade) e de pessoas com deficiências, portadores de transtornos mentais e outras condições pessoais geradoras de exclusão, como adolescentes em conflito com a lei e presidiários. 16. Garantir o acesso da população indígena às ações de promoção, prevenção e demais serviços de saúde, respeitando a diversidade cultural e as tradições, nos diversos níveis de atenção, observados os pressupostos da Lei Arouca (9.836/99, artigo 19), com infra-estrutura e organização de serviços específicos.

Apesar do avanço nos textos, a prática dos Conselhos e Conferências de Saúde permaneceu bastante divorciada da realidade. Aliás, o contraste entre os documentos produzidos nas Conferências Nacionais de Saúde e as políticas adotadas pelos governos federal, estaduais e municipais sempre foi expressivo. Terminada a conferência, os textos são guardados e as máquinas burocráticas permanecem com as mesmas práticas, ignorando as prescrições votadas e aprovadas em processos participativos.

Após o movimento dos anos 1980, que propôs um processo cultural para a construção da saúde e suas políticas, as Conferências voltaram a ser um instrumento da União para imposição de suas políticas, conforme originalmente idealizado em 1937, no Estado Novo. É o que se extrai do relatório da 13ª Conferência, realizada em 2007: uma série de enunciados normativos, dirigidos ao poder público, e solene desprezo pelos processos participativos. Desde a 8ª Conferência, as questões ligadas à ampliação da participação popular na elaboração e na gestão das políticas públicas vinha figurando em primeiro lugar nos relatórios. Em 2007, a situação se inverteu: o controle social aparece no final, com *status* significativamente reduzido.

As conclusões articuladas sugerem a persistência dos obstáculos à efetiva mobilização das comunidades no controle social da saúde e o crescimento da estrutura institucionalizada, que, na visão dos relatores, inclui, além dos conselhos de saúde, o Ministério Público e o Sistema Nacional de Auditoria e os Tribunais de Contas. Por todas, destaca-se aqui a conclusão que aponta a preocupação dos conferencistas com a legitimidade de suas próprias decisões e o viés autoritário e centralizador assumido:

42. Que o Conselho Nacional de Saúde promova estratégias para a integração setorial e intersetorial das instâncias de controle social nas três esferas de governo, incluindo Ministérios Públicos Estaduais e Federal, Tribunal de Contas e a sociedade civil organizada nos diferentes segmentos, a fim de garantir a legitimidade ao controle social, permitir o compartilhamento de informações sobre a saúde do país, a adoção de um modelo de desenvolvimento humano sustentável, uma agenda

única de enfrentamento dos problemas sociais e a gestão participativa.⁵³

Na Conferência seguinte, realizada em 2011, a concepção da saúde como processo cultural permaneceu difusa, preponderando os processos ideológicos que mantêm centralizado e concentrado o processo decisório. Como no relatório anterior, as proposições prescrevem o que deve ser feito nos Estados e Municípios, e a participação da comunidade não voltou a ter o *status* que alcançou na 8ª Conferência. A preocupação com a formação e a informação dos Conselheiros de Saúde mostra que o modelo institucionalizado não decolou, mesmo com o apoio do Ministério Público, das Auditorias e do Tribunal de Contas.

A maneira como foram redigidas as proposições sugere que os processos ideológicos bloquearam completamente as instituições de cunho participativo, e o discurso em torno do controle social transformou-se em formalidade necessária à legitimação das políticas definidas de forma centralizada, sem efetivo controle.

Fortalecer o controle social autônomo, paritário, democrático e deliberativo em todas as agências de fiscalização para a defesa dos direitos da cidadania e do bem comum, legitimando os conselhos de saúde como espaços estratégicos de gestão participativa para pactuação e estabelecimento de compromissos entre a gestão pública, os trabalhadores e os usuários, visando ao desenvolvimento e à qualificação dos serviços e das políticas públicas de saúde, como política de governança, impactando na melhoria da qualidade de vida da população, com fiscalização dos prestadores de serviços contratados/conveniados quanto à efetiva disponibilização dos procedimentos, medicamentos e insumos necessários ao tratamento de usuários do SUS sob sua responsabilidade, com acesso irrestrito, nos termos da lei, a todas as informações necessárias sobre os serviços de saúde, incluindo média e alta complexidade e pesquisas de opinião pública com usuários e trabalhadores, dando publicidade adequada aos resultados.⁵⁴

É importante observar que os relatórios das conferências são econômicos – quando não omissos – em relação ao diagnóstico da situação da saúde dos brasileiros, do funcionamento do sistema e dos cenários futuros para a saúde nos vários contextos – social, político, econômico, etc. Tudo isso se deduz pelas proposições, a forma como se encontram redigidas e seu conteúdo. A conclusão a que se chega, a partir destes documentos, é a de que o sistema permanece centralizado e a efetiva participação do cidadão é rara, restrita a algumas comunidades e determinados momentos, permanecendo bloqueada pelos processos ideológicos que mantêm sob controle as políticas de saúde. Os relatores têm consciência desse fato, e registram sua conclusão nesse sentido:

Há ainda a incompreensão entre alguns gestores para com a participação da

⁵³ <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/13cns_M.pdf> Acesso em: 02.02.2014.

⁵⁴ <http://conselho.saude.gov.br/14cns/docs/Relatorio_final.pdf> Acesso em: 02.02.2014.

comunidade garantida na Constituição Cidadã e o papel deliberativo dos conselhos traduzidos na Lei nº 8.142/90. Superar esse impasse é uma tarefa, mais do que um desafio.⁵⁵

A trajetória das Conferências e Conselhos de Saúde no modelo brasileiro é exemplo do permanente confronto entre os processos culturais (emancipadores) e os processos ideológicos (reguladores). Em teoria, saúde é um conceito em construção. Engendrado a partir da mobilização social, em torno de problemas concretos e da busca de soluções, saúde é um processo cultural. Na prática, persiste o processo ideológico que impõe sua visão de saúde, a qual – se não convence de fato o cidadão, seu destinatário – determina a organização do sistema, suas prioridades e principalmente a alocação de recursos financeiros, materiais e humanos.

De qualquer forma, a reconhecida importância do processo cultural que teve seu momento maior na década de 1980, quando foi institucionalizado o Sistema Único de Saúde, e o persistente esforço por sua concretização apontam para a necessidade de maior compreensão de sua dinâmica e a identificação dos obstáculos à sua concretização. Somente se for identificado e compreendido o funcionamento dos processos ideológicos – que bloqueiam a participação de todos na construção da saúde enquanto bem, e sua garantia, pelo direito – será possível fazer corresponder teoria e prática; o SUS constitucional e o SUS real.

Uno de los problemas que se ha identificado en los sistemas actuales es el surgimiento de una burocracia política y administrativa que se vuelve autorreferente y que puede llegar a aislarse de los intereses de los individuos. El aislamiento es notorio en sociedades cada vez más multiculturales en las que hay muchos sectores diferentes que opinan de modo disímil y además muy cambiante. En este contexto, los ciudadanos requieren decisiones diarias, pero sus representantes son elegidos mediante el voto cada cuatro o seis años, con lo cual demandan controles y participación más continuos. Este fenómeno produce cierta difusión del poder y una de sus manifestaciones es la judicialización de conflictos en los que se debaten temas colectivos.⁵⁶

Se tratamos a saúde como um processo cultural – como o fez a 8ª Conferência –, a primeira consequência é o abandono de um conceito fixo de saúde. Nessa perspectiva, a saúde se torna um conceito dinâmico, permanentemente construído por meio de processos de luta. Rejeita-se, portanto, a visão aristotélica de que as definições descrevem essências, em prol de uma posição relativista, que percebe os objetos em permanente mutação. As definições mudam e, como consequência, move-se o objeto teórico e o objeto da ciência que se ocupa

⁵⁵ < http://conselho.saude.gov.br/14cns/docs/Relatorio_final.pdf > Acesso em: 02.02.2014.

⁵⁶ LORENZETTI, 2010, p. 36.

desse objeto.⁵⁷

Daí a necessidade de atenção aos signos culturais, e de sua interpretação.

Para Herrera Flores, os processos culturais se opõem aos processos ideológicos. Nestes, que são definidos como processos reguladores, é bloqueada a possibilidade de intervenção das pessoas nas redes de relações em que estão situadas. Naqueles, os processos culturais propriamente ditos, todos os atores sociais podem reagir e transformar a realidade por meio de suas ações, por meio de produtos culturais. São os processos emancipadores. Assim, o aspecto relevante é a oposição entre processos culturais emancipadores e processos ideológicos, ou, em outras palavras, entre emancipação e regulação.

No modelo examinado, o processo cultural é apresentado como “o conjunto de ‘reações’ humanas que produzem ‘signos’ em função das diferentes e plurais formas de nos relacionarmos com os outros, com nós mesmos e com a natureza”⁵⁸. Trata-se de processos dinâmicos, caracterizados pela construção, troca e transformação dos signos que orientam nossa ação no mundo (de forma reguladora ou emancipadora), e ocorrem em determinados contextos sociais, econômicos, naturais e políticos. Os processos emancipadores são criativos (contra-hegemônicos) e plurais, rechaçando toda tentativa de homogeneidade e eliminação das diferenças.⁵⁹

A sinuosa vida do autor de D. Quixote, Miguel de Cervantes, é citada como exemplo de atitude emancipadora. O poeta colocou-se nas periferias da cultura hegemônica para desenvolver uma vontade de “tradução cultural”, ou seja, um esforço subjetivo para construir “zonas de contato” e “espaços de encontro” capazes de permitir a tradução das produções culturais de uma forma de vida à outra.

Outra alegoria que nos ajuda a visualizar os processos culturais é a figura do vórtice, que Herrera Flores utiliza em oposição ao vértice, à tentativa de reduzir as questões a um simples ponto, cruzamento de duas linhas. No vórtice, diz ele, não importa o ponto, nem a linha. Relevante é a rede, a pluralidade de perspectivas sobre o mundo e o campo de forças que, em sua interação, aumenta a complexidade do fenômeno a estudar, e, na mesma medida, expõe sua conflituosidade, sem ocultar as relações de poder que eternizam a ordem pré-estabelecida.

⁵⁷ A propósito, LOPES, José Reinaldo de Lima observa que, quando há uma mudança na definição “pode-se dizer que há ou que houve uma mudança de objeto teórico e da ciência, disciplina ou saber que se ocupa deste objeto.” LOPES, 2004, p. 28.

⁵⁸ HERRERA FLORES, 2005a, p. 287

⁵⁹ HERRERA FLORES, 2005a, p. 95.

Na demanda por acesso às ações e serviços de saúde, descortina-se a necessidade de atendimento especializado, medicamentos, exames, internações e cirurgias, que decorre de relações que se estabelecem entre o cidadão e os profissionais de saúde, mediadas por gestores públicos, administradores de serviços privados de saúde, planos de saúde e agências reguladoras. Na visão simplificada – cujo signo é o vértice – somente são visíveis duas linhas, a necessidade do cidadão usuário em oposição à obrigação do Estado – ou do prestador privado. A compreensão do processo cultural exige mais, e nos leva a investigar o contexto em que se movem os atores visíveis e as forças, interesses e valores que os movem. A solução deve ser boa para o indivíduo, para a coletividade e para o entorno natural.

A luta contra a corrupção também pode ser vista de forma simplista, mero confronto entre normas e princípios administrativos e atos praticados por gestores públicos, e pode resultar em condenações e ressarcimento ao erário. O dinheiro da saúde está no orçamento, sai do cofre público, mas não chega até o cidadão. Típico problema de polícia.

Visto, porém, como processo cultural, o ato de improbidade passa a ser investigado, em toda a sua complexidade, com identificação e exposição (visualização pública) de suas causas econômicas, políticas e sociais, e, a partir desse momento, abre-se a possibilidade de reações individuais e coletivas capazes de provocar mudanças de atitude e de comportamento.

Outro exemplo são as ações visando à proteção de recursos hídricos. A decisão judicial que garante a proteção das áreas de reserva legal e as de preservação permanente – indispensáveis para o abastecimento dos lençóis freáticos – são objeto de forte questionamento, e provocaram mudanças na legislação florestal brasileira. O proprietário rural resiste, e o conflito, que envolve o direito difuso ao meio ambiente equilibrado e saudável, aparece bipolarizado, travestindo-se de intervenção estatal sobre o direito individual do proprietário. O interesse coletivo só é percebido quando se observam o processo cultural e os interesses econômicos, do agronegócio, os interesses políticos, da indústria, das populações locais e dos ambientalistas, os interesses sociais, das gerações presentes e futuras.

A percepção dos processos culturais é importante para que a dimensão coletiva dos fenômenos seja revelada em toda a sua complexidade e as intervenções sejam cada vez mais efetivas. Os processos culturais, diz Herrera Flores, nos condicionam, “mas, ao mesmo tempo, podem ser condicionados por nós”, porque temos a capacidade humana de transformar “a nós mesmos e aos entornos de relações em que vivemos”. Para promover as transformações que desejamos, utilizamos signos culturais.

Os signos, no sistema proposto, são símbolos e representações que vinculam nossas ações aos objetos do mundo. Herrera Flores define como “signos culturais” as relações que se

estabelecem entre os objetos, e podem ser materiais (uma pegada, uma bandeira, uma floresta) ou imateriais (um princípio, uma teoria, um valor) e as ações dos indivíduos e dos grupos. A obra discográfica *Sgt. Pepper's Lonely Hearts Club Band*, dos Beatles, é um objeto cultural; pensar nela como um signo cultural é avaliar as relações que se estabeleceram entre as músicas e as ações dos seres humanos que as receberam, assimilaram e usaram em sua vida cotidiana. No Brasil, um exemplo contemporâneo – falamos do final dos anos 1960 – foi a música *Pra não dizer que não falei das flores*, de Geraldo Vandré. O signo cultural não é a música em si, é a relação que se estabeleceu entre os versos – [...] *caminhando e cantando, e seguindo a canção, somos todos iguais, braços dados ou não* [...] – e as práticas dos atores e grupos sociais que os “consomem”, “produzem” e “usam”; as reações culturais.

Assim, da mesma forma, as visões da saúde como “direito de todos e dever do Estado” ou como “estado dinâmico de completo bem-estar físico, mental, espiritual e social, e não apenas a ausência de doenças” devem ser tidas como símbolos culturais, que estabelecem relação entre objetos – práticas terapêuticas, medicamentos, serviços de saúde – e as ações dos usuários, dos trabalhadores da saúde, dos interesses privados, dos órgãos de controle social, etc.

Quando o uso resulta em mera assimilação ou tende a bloquear a capacidade criativa de uma forma social ou de uma época, estamos diante de um processo ideológico. Quando, pelo contrário, o uso do produto cultural potencializa as capacidades humanas de criação e transformação, estamos diante de um processo cultural emancipador. Com as leis ocorre o mesmo. O Código do Consumidor é uma lei que estimulou as pessoas a reclamar da qualidade e dos preços de produtos e serviços, gerou mudança de comportamento dos fornecedores e dos órgãos de fiscalização. Mais recentemente, com a Lei Maria da Penha, pretende-se o mesmo. Mas a forte reação ideológica, representada pelo patriarcalismo, não permitiu ainda o sucesso almejado. A Lei Maria da Penha é o signo que estabelece a relação entre um objeto – a ideia de respeito à diferença, não discriminação, não violência – e a ação consistente na luta feminista contra a opressão. É claro o processo ideológico que se opõe ao processo cultural emancipador.

Os signos culturais cumprem três funções principais. Por meio deles, torna-se possível entender e explicar as razões pelas quais se atua de um modo e não de outro em uma determinada formação social (aspecto causal ou estrutural). Também, na medida em que os entendemos, eles nos capacitam a “interpretar” o conjunto de signos que recebemos e, conseqüentemente, nos capacitam a modificar e transformar o conteúdo de nossa ação (aspecto metamórfico). E, em terceiro lugar, é por meio dos signos que podemos intervir

coletivamente na comunidade em que vivemos (aspecto interativo).

Em outras palavras, a definição constitucional de saúde como “direito de todos e dever do Estado” determina a elaboração das políticas públicas (aspecto causal ou estrutural), permite que sejam interpretadas e criticadas e que sejam aplicadas pelos gestores de saúde ou pelo Poder Judiciário (aspecto metamórfico), de forma a orientar intervenções coletivas, como deve ocorrer em relação aos resultados das Conferências de Saúde (aspecto interativo).

Uma ação judicial, um compromisso de ajustamento de conduta, uma recomendação, uma sentença judicial. Todos esses objetos podem se tornar signos culturais na medida em que sejam capazes de desencadear um processo emancipador, de transformação coletiva.

Tal fenômeno é bastante visível, hoje, na área de saúde. A crescente judicialização das demandas por assistência à saúde levou o Supremo Tribunal Federal a realizar audiência pública para melhor compreender e se posicionar em relação aos pedidos formulados contra a União, Estados e Municípios. O resultado começa a surgir, na forma de sentenças judiciais, que por sua vez geram novas ações, novos comportamentos, grandes mudanças no sistema de saúde e na forma como gestores, usuários e prestadores de serviço lidam com eles.

As ações de improbidade também têm provocado reações de outro tipo. O movimento nos Tribunais é pendular: decisões conservadoras se alternam com posições avançadas na interpretação dos princípios da administração pública. Entre os políticos, porém, o mal-estar provocado por ações movidas contra prefeitos, governadores e membros do parlamento se traduz em processos ideológicos que tentam bloquear a ação do Ministério Público.

De igual modo, no campo da proteção ambiental, o processo cultural emancipatório avança com a multiplicação de decisões que impõem obrigações de demarcar, registrar e recuperar áreas de preservação permanente e de reserva legal. Mas a reação é forte. Capitaneado pelo agronegócio, um forte processo ideológico tenta mudar o Código Florestal e impedir, com isso, as ações do Ministério Público.

Tanto quanto no caso das ações de improbidade, as ações ambientais não têm alcançado tantos cidadãos e grupos sociais quanto as da saúde, mantendo-se restrito o processo cultural aos grupos militantes, de um lado, e os grandes poluidores, de outro.

Trabalhamos com signos culturais. Interpretamos o contexto de relações em que as pessoas buscam o acesso aos bens necessários à vida digna e nele intervimos, produzindo novos signos consistentes em petições iniciais, compromissos de ajustamento de conduta e recomendações. Quando a atuação se dá pela via judicial, criamos signos – petições e arrazoados – que visam à produção de outros signos – as sentenças e acórdãos – que, dotados de força executiva, visam garantir o efetivo acesso das pessoas aos bens.

A visão dos processos culturais e da ação dos signos culturais permite a compreensão dos circuitos de reação cultural e a identificação das estratégias ideológicas que os bloqueiam, impedindo o acesso aos bens. Assim, para que o ciclo se complete e alcancemos a vida digna, nosso critério de valor, é necessário compreender o funcionamento do circuito de reação cultural.

Herrera Flores nos adverte de que o cultural não é tudo. A cultura não está na origem de nada, é uma intervenção de segunda ordem sobre o conjunto de relações que mantemos com a natureza, com os outros e com nós mesmos. O inverno, a umidade, o frio são causas de problemas respiratórios que atingem crianças e idosos de forma massiva. Um atropelamento pode causar lesões corporais. Sedentarismo aliado a abuso de alimentos e álcool pode nos causar obesidade. São eventos, que podemos qualificar como “estados de fato”, que refletem nossas relações com a natureza, com os outros e com nós mesmos.

Na medida em que conhecemos essas relações, formulamos representações – signos culturais – que nos permitem explicar, interpretar e intervir nessas mesmas relações. Por essa perspectiva, percebe-se que a dimensão cultural não é uma instância passiva ou estática, cuja função se restrinja à representação do referido conjunto de relações. Quando utilizamos os meios e instrumentos que nos permitem explicar, interpretar e intervir nas relações, provocamos mudanças na realidade. Daí resulta a expressão “processo cultural”, representando não apenas o signo cultural, mas o estado de fato que lhe deu origem, a percepção cultural e a intervenção por ela determinada.

Para alcançar a meta – vida digna – é preciso ter clara a distinção entre (1) um “estado de fato”, (2) a percepção cultural que temos desse fenômeno e (3) o vínculo que se estabelece entre ambos. Os circuitos de reação cultural consistem exatamente nas relações – o *iter*, o caminho circular – entre o estado de fato e a reação decorrente da percepção que deles se tem. Ou, em outras palavras, o caminho de ida e volta entre as reações culturais, individuais e coletivas, e as redes de relações que as provocam é o que denominamos “circuito de reação cultural”⁶⁰.

Nas questões que envolvem saúde e assistência à saúde, o circuito de reação cultural pode ter início com um “estado de fato” correspondente a uma enfermidade ou a um agravo à integridade corporal de um indivíduo ou grupo. Um acidente automobilístico, por exemplo, que provoca lesões corporais graves no pedestre atropelado, em uma localidade que conta apenas com serviços capacitados à execução dos primeiros socorros. Com o diagnóstico e a

⁶⁰ HERRERA FLORES, 2005a, p. 115.

necessidade de transferência da vítima de agravo a hospital dotado de tecnologia compatível com os cuidados necessários, nasce uma demanda concreta e específica de assistência à saúde. Temos um “estado de fato” cuja percepção cultural se apresenta, de forma diferenciada, a vários grupos.

Para a vítima e seus familiares, o agravo à saúde tem consequências emocionais (dor, sofrimento, pesar), econômicas (gastos extraordinários, impacto na capacidade laborativa) e jurídicas (direitos subjetivos). Nos serviços de saúde, a percepção cultural é outra. O caso é mais um entre outros de maior ou menor complexidade. Os impactos econômico e jurídico também são diferentes, demandando providências de natureza prática, trâmites burocráticos, acionamento de outros elementos da rede de assistência à saúde. Se o caso chega a um advogado, à Promotoria de Saúde ou à Defensoria Pública, o impacto cultural também será outro.

Assim, o “estado de fato” agravo à saúde é percebido de forma diferente pelos atores que nele intervêm, gerando as correspondentes reações culturais. É o circuito de reação cultural que se põe em funcionamento. O “estado de fato” é a causa, o estopim. E as reações culturais dos diversos atores envolvidos são todas voltadas à sua modificação.

Nem sempre é fácil perceber o circuito de reação cultural em perspectiva coletiva. Os serviços de assistência à saúde têm mais facilidade em fazê-lo, na medida em que permanentemente se preparam para atendê-los. Daí a construção de políticas públicas de saúde. Para a vítima e sua família, o caso é singular, único, enquanto para o serviço de ambulâncias, pronto socorro e hospitais o agravo à saúde é evento ordinário, constante.

Advogados, Defensoria Pública e Promotorias de Saúde encontram-se em posição intermediária. Distantes da porta de entrada dos serviços de saúde, que recebem todas as demandas, os profissionais do direito acolhem vítimas e seus familiares que enfrentam dificuldades no acesso à assistência à saúde. É função precípua das Promotorias a identificação de problemas coletivos de saúde – vistos como “estados de fato” – e o engendramento de reações culturais adequadas.

Assim, conforme o modelo proposto, o evento – agravo à saúde – tem impacto direto em uma ou mais pessoas e produz reflexos em diversos outros polos, que integram redes de relações. Tal evento, um estado de fato, não se confunde com a percepção cultural experimentada pelos diversos integrantes da rede que, conforme a posição em que se encontram, interpretam e reagem de diferentes formas. São reações culturais.

As políticas públicas de saúde, no modelo aqui proposto, constituem reações culturais às demandas de saúde observadas em perspectiva coletiva. Nem sempre, porém, atingem os

resultados esperados. Daí a necessidade de intervenção, por meio de instrumentos jurídicos de tutela coletiva, visando à garantia de efetivo acesso àqueles que demandam serviços de saúde.

Em resumo, devemos distinguir os estados de fato, individuais e coletivos, e as percepções culturais correspondentes, conscientes de que tal percepção é diferente em cada um dos atores e, conseqüentemente, diferentes serão as reações culturais de cada um. O melhor resultado virá na medida em que cada um dos intervenientes compreenda seu próprio papel e o papel dos demais atores, de forma que se possa chegar à melhor solução do ponto de vista individual e coletivo.

O gestor do SUS, o conselheiro de saúde, o profissional de saúde em serviço, a Promotoria de Justiça, a Defensoria Pública, o gestor hospitalar, os serviços de regulação assistencial, o serviço de transporte sanitário, etc. – cada ator tem o seu papel. E percebe a realidade – “estados de fato” – a partir de sua posição. Embora todos tenham objetivos comuns, os papéis e a percepção que têm da realidade são necessariamente diferentes, e complementares. Todos atuam, culturalmente, reagindo a dados “estados de fato”, individuais e coletivos.

É importante observar que nenhuma das posições é fixa. Embora o “estado de fato” possa ser materialmente único, as diversas percepções culturais se modificam à medida que os vários atores “reagem” culturalmente. Explicamos, interpretamos e modificamos a realidade inseridos em redes de relações e utilizando produtos culturais: a percepção individual e coletiva de saúde e doença, a ciência médica, em suas várias vertentes, os protocolos clínicos, produzidos a partir do consenso entre especialistas, as políticas de saúde, a legislação sanitária, a Constituição, os Tratados de Direitos Humanos, etc.

Trata-se da perspectiva relacional do cultural: a possibilidade de transformar as relações que mantemos com a sociedade (imaginário social instituinte), com nosso interior (imaginário radical) e com o meio ambiente (imaginário ambiental biodiverso). Os “estados de fato” são percebidos de forma diferenciada na realidade de cada um. Nossa realidade consiste no conjunto de relações que mantemos com a natureza, com nós mesmos e com os outros.

Assim, sob a ótica culturalista, questiona-se o que é saúde. Para o indivíduo, o próprio bem-estar físico, psíquico, espiritual e social. Para os profissionais da saúde, oportunidade de trabalho. Para outros, os ligados à indústria, por exemplo, oportunidade de lucro (com a ausência de saúde). Herrera Flores sublinha que tal percepção é muito diferente nas diversas culturas e que a medicina científica é apenas uma entre as muitas formas de reação possíveis.

La enfermedad o el dolor, como estados de hecho, es decir, como fenómenos que ocurren en nuestro interior, serán percibidos de un modo muy diferente desde un acceso occidental a la realidad, en el que la prisa y la competitividad nos exigen un estado de salud conveniente para el éxito rápido en el mundo en que vivimos, o desde un acceso taoísta a la realidad, en donde la enfermedad y el dolor sirven como mecanismos que van a ayudarnos en el camino hacia el auto-conocimiento y el auto-perfeccionamiento, no como trabas que obstaculizan nuestra vida cotidiana.⁶¹

Todos esses elementos nos levam a concluir que o bem “saúde”, objeto de nossa investigação, não pode ser conceituado aprioristicamente. Embora seja possível identificar estados de fato consistentes em uma enfermidade, um agravo à saúde, um surto epidêmico, etc., a noção de saúde é relacional, e será alcançada a partir da percepção cultural dos indivíduos e grupos envolvidos, suas interpretações e reações.

As reações culturais em relação ao fato correspondem às posições em que as pessoas – atores – se encontram, e podem ser individuais ou coletivas. Então, no conflito de visões e correspondentes interesses⁶², nem sempre será fácil a decisão judicial. Da mesma forma, quem intervém buscando solução coletiva deve ter cuidado na definição da pretensão e correspondentes ações.

Se o objetivo é garantir a vida digna, a ação coletiva deve cuidar para que o processo cultural emancipador funcione, buscando identificar os processos ideológicos que tentam obstruir as reações individuais e coletivas. O processo ideológico tenta apresentar-se como sendo o único possível, racional e universal, e pode ser identificado a partir de seu efeito: o bloqueio do circuito de reação cultural.

Un proceso ideológico se definirá, pues, por los intentos de bloquear los circuitos de **reacción** cultural, haciéndonos caer en la trampa de confundir los “procesos de producción” cultural (las reacciones frente al mundo) con las “estructuras culturales ya consumadas” (los productos culturales dominantes en un momento espacio-temporal concreto). De este modo, los productos culturales y las relaciones sociales, psíquicas y naturales hegemónicas o dominantes, se presentarán como las **únicas posibles, racionales y universales** ya que son la consecuencia necesaria de la imposición de una “causa” de un “sentido” o de un “fin” trascendental que se pierde en la nebulosa origen de los tiempos. Con ello, toda posición alternativa se relegará al margen, a la irracionalidad o al particularismo cultural.⁶³

O papel do mediador é garantir que todos os interessados possam manifestar-se e reagir, culturalmente, às ações e posições expressas pelos demais indivíduos e grupos. Somente assim será possível identificar a melhor solução, identificar o processo cultural a ser protegido. Herrera Flores explica que o cultural não consiste necessariamente na

⁶¹ HERRERA FLORES, 2005a, p. 112.

⁶² Nesse sentido, afirma-se que os direitos coletivos caracterizam-se pela grande litigiosidade interna.

⁶³ HERRERA FLORES, 2005a, p. 119.

transformação do outro, de nós mesmos ou da natureza, como se fossem elementos “alheios” a nossa forma de interpretar, explicar e intervir no mundo. Isso porque somos “parte” do processo e o que podemos fazer é transformar as relações que mantemos com a sociedade, com o meio ambiente e com nós mesmos, enquanto sujeitos. O processo cultural é o que torna possível a mudança porque consiste na abertura e na desobstrução permanentes do circuito de reação cultural, apresentando três princípios básicos:

1) O princípio da distinção entre os objetos do conhecimento (os signos culturais, ou produtos culturais) e os objetos reais (as relações em que nos movemos) e a primazia destes sobre aqueles. O cultural é uma reação frente à realidade, ele não funda a realidade.

2) O princípio da complexidade. Culturalmente não há causas simples e homogêneas que tenham dado origem aos fenômenos: Deus, História, Razão, Procedimento, Mercado. Culturalmente nos defrontamos com fenômenos complexos, historicamente situados, com os quais nos relacionamos dinamicamente com a possibilidade de impor a eles novos conteúdos, metodologias e direção.

3) O princípio da interação entre os dois princípios anteriores. O primeiro influi sobre o segundo e o segundo sobre o primeiro. A complexidade nos leva à distinção entre estruturas consumadas e procesos de produção; e esta distinção nos conduz à contínua possibilidade de transformação e de efetivo exercício de nossa capacidade genérica de fazer e desfazer o mundo em que vivemos.⁶⁴

Assim, conforme assinalado, o princípio da distinção orienta para a necessidade de evitar confusão entre o estado de fato e a percepção de cada ator em relação a ele. É comum que se confunda a interpretação do evento com seu objeto real, situação que dificulta a conciliação dos interesses e a superação dos obstáculos que se opõem à solução do problema.

O gestor do sistema de assistência à saúde tende a perceber a doença a partir da política pública, previamente desenhada, e se dispõe a reagir conforme o protocolo clínico correspondente. Sua conduta se inclina para posição ideológica – obstrução da reação cultural – na medida em que simplifica o suporte fático e apresenta a resposta padronizada como sendo a única racional e possível. Em polo oposto, podemos encontrar um profissional de saúde cuja formação se tenha orientado para diagnóstico e prescrição diversos do previsto no protocolo oficial. Também essa posição caracteriza um processo ideológico, apresentando-se como única e inegociável. Entre ambas, ou, ao lado destas duas posições, muitas outras se apresentam, com origem em distintas epistemologias, na experiência de pessoas que enfrentaram problemas semelhantes, na história familiar, nas condições particulares de renda, instrução, moradia, trabalho, etc. Somente quando reconhecemos que as várias interpretações são distintas do estado de fato que lhe deram causa é que permitimos o livre fluxo do processo

⁶⁴ HERRERA FLORES, 2005a, p. 120.

cultural, situação em que todas e todos podem reagir livremente, conhecer o ponto de vista alheio e participar da construção coletiva de respostas emancipadoras.

Daí o segundo princípio: o reconhecimento da complexidade e da correlata necessidade de ampliar a cognição e o próprio debate, para a melhor solução. Como estratégia retórica, os atores utilizam a simplificação, omitindo ou ocultando a complexidade das situações sob exame. A prescrição médica limita-se a apresentar as identificações do médico e do utente, o medicamento e sua dosagem. Relatórios lacônicos apontam diagnóstico e respectivo CID, deixando de descrever detalhes do histórico, especialmente as reações a intervenções precedentes, que constituem a justificativa para a própria prescrição. De igual modo, a interpretação literal dos protocolos adotados pela política pública desconsidera a complexidade inerente a cada caso individual.

Conforme já assinalado, a 8ª *Conferência Nacional de Saúde* reconhece e incorpora a complexidade do bem “saúde”, orientando para a necessária investigação das várias condicionantes. Merece revisão o texto oficial:

Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

O intérprete, na avaliação crítica de um caso em face das posições divergentes assumidas pelos actantes, pode valer-se diretamente do texto da Conferência como forma de interpretação e exigir maiores informações para ampliar a cognição, desobstruindo o circuito de reação cultural de posições ideológicas. Depois, reforçando a prescrição da 8ª Conferência, a Lei Orgânica da Saúde, de 1990, também consagrou a complexidade ao positivar um rol de “determinantes e condicionantes” da saúde:

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.⁶⁵

A conjugação dos princípios da distinção e da complexidade suscita uma série de questionamentos que orientarão o intérprete para a melhor solução. Em casos individuais, as condições pessoais de habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, etc. certamente terão influência na identificação da melhor linha terapêutica e

⁶⁵ Lei n.º 8080, de 19.09.1990, art. 3º.

providências complementares. É certo que a renda não pode servir como critério de exclusão. Todavia, em situações de vulnerabilidade, a solução não se resume à prescrição de fármacos: as condições de habitação e transporte, por exemplo, podem constituir obstáculo à produção de resultados.

Também assim, nas questões de dimensões coletivas a compreensão do problema e as propostas de enfrentamento devem considerar todas as condicionantes, especialmente as de âmbito ambiental e social. A causa dos agravos à saúde pode estar vinculada à qualidade do ar e da água, ao volume de emissões sonoras e irradiações, às condições de emprego e renda, etc.

A compreensão dos circuitos de reação cultural demonstra que a cultura, no sentido posto, é um processo dinâmico e aberto, submetido ao vaivém da história e – o que é mais importante – os produtos culturais não são neutros. Não há imparcialidade e nem se trata de fenômenos “naturais” ou de fenômenos determinados por alguma força “transcendente”. Todos os produtos culturais estão “comprometidos com uma interpretação do passado, com uma compreensão do presente e com uma proposta de futuro”⁶⁶. Em consequência, podem gerar um acesso regulador – restritivo, excludente, monológico, “ideológico” – ou um acesso emancipador, comprometido com a ampliação do que entendemos por humano; “inclusivo e plural, ou seja, cultural”.

As dificuldades existem, mas a mudança é possível. Outro mundo é possível. A identificação dos processos culturais, dos signos culturais e dos circuitos de reação cultural nos permite identificar processos ideológicos e desenvolver novas metodologias de ação para garantir que os processos culturais emancipadores – aqueles que propiciam a abertura e a desobstrução dos circuitos de reação cultural –façam avançar a luta permanente pela vida digna.

Trata-se da luta pela restauração das “conexões entre nossas ações e o mundo, entre o fazer e o feito”, da luta por fazer coincidir a teoria e a prática, engendrando “os caminhos necessários para que as formas de vida possam discutir, em plano de igualdade, suas concepções acerca de uma vida digna de ser vivida”⁶⁷. Atuando dessa forma, com a visão da totalidade dos fenômenos e seus contextos, será possível identificar, em cada caso, as melhores formas de alcançar o bem “saúde”, individual e coletivamente, adotando como método o relativismo relacional.

⁶⁶ HERRERA FLORES, 2005a, p. 120.

⁶⁷ HERRERA FLORES, 2009, p. 83.

I.1.3 Perspectiva relacional da saúde: o espaço da mediação

Em escala nacional, as Conferências Nacionais de Saúde expõem o contexto geral do processo de luta pela saúde coletiva no Brasil, com seus mais de 200 milhões de habitantes⁶⁸. A intervenção em relação a problemas locais, em escala municipal ou regional, demanda a investigação da historicidade específica do espaço territorial correspondente, com a identificação da teia de relações envolvidas no problema sanitário a ser enfrentado. Na outra ponta, a globalização da economia faz crescer a influência do capital financeiro, da indústria farmacêutica e dos meios de comunicação sobre os problemas locais, impondo sua racionalidade em oposição às necessidades particulares dos grupos e coletividades.

A invenção do direito coletivo à saúde se dá nesse contexto – entre a necessidade individual e os interesses globais –, e demanda a construção de metodologias adequadas à garantia do ideal de vida digna, com o efetivo respeito ao indivíduo, à coletividade e ao meio ambiente. Assim, afastada a possibilidade de se chegar a um conceito absoluto de saúde, e reconhecida a pluralidade de percepções culturais a respeito de eventos que envolvem questões individuais e coletivas de saúde, faz-se necessária a identificação de critérios para transitar em meio a posições divergentes. Herrera Flores propõe o relativismo relacional, cujo pressuposto básico consiste em considerar que todas as formas de relação devem ser tidas como relações culturais⁶⁹.

A oposição se coloca nos seguintes termos: a perspectiva relativista, que leva em consideração os contextos nos quais se desenvolve um olhar teórico – do político, do gestor do SUS, do profissional de saúde, do fornecedor de medicamentos, do usuário do sistema de saúde, etc. – e a perspectiva absolutista, “absoluta” dos contextos, da responsabilidade com as práticas sociais.

O olhar relativista afirma unicamente a existência de verdades parciais que permitem orientar a busca de coerência entre nossos desejos, crenças e ações. Nesse sentido, o relativismo é uma postura teórica baseada em práticas sociais racionais e relacionais, pois nada pode ser entendido senão “em relação com” algo que o institui social e coletivamente. Esse algo não é mais que a plural e diferenciada forma de buscar a coerência entre os múltiplos desejos, crenças e ações das distintas formas de vida que compõem o nosso mundo.⁷⁰

O relativismo relacional reconhece a legitimidade das várias posições que se contrapõem, adotando postura que distingue entre as aproximações que admitem que todas e

⁶⁸ IBGE, 2015.

⁶⁹ HERRERA FLORES, 2005b, p. 18.

⁷⁰ HERRERA FLORES, 2007, p. 58.

todos possam apresentar suas opiniões e, de outro lado, aquelas que fecham as portas a tudo o que diverge de suas pautas ideológicas, obstruindo o debate.

*Construir a partir do relativismo relacional implica, pelo contrário, pôr em relação e interação materiais, instrumentos, modos de fazer no âmbito de práticas sociais ou culturais organizadas a partir da “vontade do encontro”. Será a partir daí que todas e todos teremos a possibilidade de criar algo que não existia antes, algo que tenha propriedades novas.*⁷¹

Cabe ao mediador a tarefa de criar espaços culturais onde todos possam desfrutar das mesmas condições sociais, econômicas, políticas e culturais para fazer valer suas propostas. O ideal é criar condições para que a “vontade do encontro” esteja presente, movida pela disposição de criar algo novo. Nesse sentido, o principal obstáculo são os supostos privilégios e vantagens que se ocultam por detrás das posições absolutistas de alguns centros de interesse.

Impõe-se, portanto, a necessidade de empoderamento daqueles que, por força dos processos de divisão social, sexual, ética e territorial se encontram em posição de desvantagem. A busca de igualdade substancial se encontra positivada, no sistema jurídico brasileiro, em dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (que prioriza o atendimento às gestantes), do Estatuto do Idoso (que preconiza políticas de saúde orientadas para o envelhecimento saudável), do Estatuto da Igualdade Racial (que estabelece ações afirmativas voltadas ao enfrentamento da desigualdade étnica no sistema de saúde), da Lei Maria da Penha (que determina a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com a área de saúde), etc.

A lógica do mercado tenta impor a hierarquização, organizando a fila de atendimento conforme a capacidade de pagamento: o cliente “particular” goza preferência em relação ao plano de saúde e este, na fila, guarda posição de vantagem em relação ao cidadão que conta somente com o financiamento público. Olhando mais de perto, nota-se discriminação entre os consumidores de plano de saúde que pagam mais, por coberturas mais completas, e os que aderiram a planos restritos; e os que dependem somente do sistema único de saúde estarão em vantagem quando contam com o patrocínio de um advogado, do Ministério Público ou de alguém, no sistema de saúde, com poder de influenciar a organização da fila.

Outra consequência da imposição da lógica do mercado nas questões de saúde é a hierarquização entre os procedimentos e métodos tradicionais de assistência à saúde e a medicina científica, dominada pela indústria de equipamentos e medicamentos. Extrair o melhor dos métodos tradicionais, em harmonia com as técnicas e produtos oferecidos pelo

⁷¹ HERRERA FLORES, 2007, p. 100.

mercado, é um desafio que se coloca na pauta da superação das práticas colonialistas, com vistas à garantia de efetivo bem-estar.

A justa ponderação das posições em que se encontram os diversos grupos exige atenção redobrada com os enfrentamentos que envolvem o conhecimento tradicional e o conhecimento científico. Embora sejam frequentes e gravíssimos os erros da indústria farmacêutica, que segue experimentando novas drogas e causando danos coletivos, a fabulosa soma de dinheiro gasto em publicidade logra manter em situação de inferioridade as práticas tradicionais – acupuntura, fitoterapia, meditação, yoga, etc. –, garantindo o domínio do mercado sobre as questões de saúde.

Como consequência, na judicialização da saúde o conhecimento científico é erigido à categoria de dogma e independe de comprovação. Basta a declaração do médico assistente para que seja deferido o acesso a um medicamento experimental. Paradoxalmente à redução da confiança no conhecimento científico ocorrida nos últimos cinquenta anos, tanto devido à proliferação de novas teorias quanto aos graves erros cometidos, a crença popular na ciência permanece elevada⁷². A propósito, Edgar Morin registra que vivemos a era da incerteza e leciona:

Ao determinismo de paradigmas e modelos explicativos associa-se o determinismo de convicções e crenças, que, quando reinam em uma sociedade, impõem a todos e a cada um a força imperativa do sagrado, a força normalizadora do dogma, a força proibitiva do tabu. As doutrinas e ideologias dominantes dispõem, igualmente, da força imperativa que traz a evidência aos convencidos e da força coercitiva que suscita o medo inibidor nos outros. [...] Há, assim, sob o conformismo cognitivo, muito mais que conformismo. Há o *imprinting* cultural, marca matricial que inscreve o conformismo a fundo, e a normalização que elimina o que poderia contesta-lo.⁷³

Nunca, na história da humanidade, o conhecimento científico modificou-se tanto e tão rapidamente quanto nas últimas décadas. Especialmente nas chamadas “ciências exatas”, em que as verdades se apresentam como universais e absolutas, as teorias têm prazo de validade cada vez mais curto. O físico Amit Goswami, após constatar que as práticas da medicina científica se amparam na física clássica, investigou a ayurveda, a medicina chinesa tradicional, a medicina dos chakras e a homeopatia, constatando que todos esses sistemas se harmonizam com os postulados da física quântica.

Em sua maioria os profissionais da medicina acreditam na física clássica, a física determinista do século XVII inaugurada por Isaac Newton^o. Segundo essa concepção, todos os movimentos são materiais e determinados por leis físicas e pelos valores iniciais da posição e da velocidade dos objetos envolvidos. Na década

⁷² SANTOS, 2006, p. 87.

⁷³ MORIN, 2007, p. 28.

de 1920, porém, a física passou por uma mudança colossal que a levou da sua antiga condição determinística clássica a uma nova física. Nessa nova física, chamada de física quântica, os objetos são descritos como ondas de possibilidades que podem estar em dois (ou mais) lugares ao mesmo tempo.⁷⁴

Conclui-se que o menor risco está nas práticas tradicionais, experimentadas e aperfeiçoadas durante séculos, e o grande perigo – que exige prevenção e precaução – se apresenta nas “inovações” da indústria farmacêutica. Os métodos mais alinhados com a física quântica são a medicina tradicional chinesa e o sistema ayurveda.

Já vimos que há confusão entre “saúde” e “assistência à saúde”. No exame dos pedidos formulados nas ações judiciais, que têm como objeto prestações voltadas à “assistência à saúde”, evidencia-se a predominância do discurso e da lógica científica, em prejuízo das práticas tradicionais e da cultura popular em matéria de saúde. A insistência dos meios de comunicação na divulgação de práticas e estudos científicos funciona como o “*imprinting* cultural” mencionado por MORIN, sustentando uma forma de vida em que a medicalização é o normal.

Na perspectiva de “saúde do mercado”, é enorme a pressão da indústria sobre os grandes compradores de produtos e serviços de saúde – o Estado e as operadoras de planos de saúde. Além da publicidade, do estímulo à divulgação de inovações nos meios de comunicação de massa, do patrocínio e brindes oferecidos aos prescritores, a judicialização tem sido utilizada como meio de forçar a incorporação de novas tecnologias nos protocolos assistenciais de instituições públicas e privadas.

Como reação, o Ministério da Saúde brasileiro instituiu, em 2006, uma Comissão de Incorporação de Tecnologias no Ministério da Saúde, por meio da Portaria n.º 152, de 19 de janeiro de 2006, e Portaria n.º 3.323, de 27 de dezembro de 2006, sob a coordenação da Secretaria de Atenção à Saúde (SAS). No ano de 2008, a Portaria n.º 2.587, de 30 de outubro (revogada pela Portaria n.º 203, de 7 de fevereiro de 2012), transferiu a coordenação da Comissão de Incorporação de Tecnologias (CITEC) para a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE).

Nada democrática, a comissão funcionou muitos anos somente com representantes da União, e, em sua maioria, subordinados diretamente ao Ministro da Saúde. Os cinco integrantes eram, respectivamente, da Secretaria de Atenção à Saúde (SAS), da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE), da Secretaria de Vigilância em Saúde

⁷⁴ GOSWAMI, 2006, p. 36.

(SVS), da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Em 2011, no rol de modificações introduzidas na Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 12.401), a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS ganhou novo *status* e o novo regulamento ampliou de cinco para treze o total de seus integrantes, incluindo o Conselho Nacional de Saúde (CNS), o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), o Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) e o Conselho Federal de Medicina (CFM). De qualquer modo, o Ministério da Saúde continua com a presidência da comissão e a maioria dos membros, com a inclusão da Secretaria-Executiva, da Secretaria Especial de Saúde Índigena, da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa e da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde.⁷⁵

A iniciativa é louvável, pois cria um espaço de discussão a respeito das tecnologias. A restrição que se faz é não se tratar de um espaço público: a discussão fica restrita ao governo, com total controle da esfera federal. Por outro lado, a outorga da presidência à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos deixa claro que o viés “científico” é preponderante, ainda que índios e participação popular tenham sido convocados.

No SUS brasileiro, a medicina tradicional é tema marginal, tratado no âmbito das Práticas Integrativas e Complementares, recentemente institucionalizado por meio de Portaria do Ministro da Saúde⁷⁶. O ato normativo trata da medicina tradicional chinesa (acupuntura), da homeopatia, das plantas medicinais e da fitoterapia, do termalismo social/crenoterapia, fixando diretrizes para seu fortalecimento e incorporação. Na prática, inclusive se a judicialização da saúde for utilizada como indicador, a demanda por ações da medicina tradicional é inexpressiva – para não dizer inexistente – em face dos milhares de pedidos de medicamentos que aportam diariamente ao Judiciário brasileiro.

Ao contrário da visão de cura homeopática, na biomedicina, cessar os sintomas é o critério de eficácia do medicamento e do restabelecimento da saúde (Luz, 1988). Consequentemente, um dos problemas evidenciados nos serviços públicos é a crescente medicalização como única forma terapêutica. Considerando que os diversos problemas de saúde são desencadeados por determinantes psicossociais, o que está sendo feito, em muitos casos, é medicar os problemas de vida. Com o objetivo de diagnosticar as doenças e trata-las, os sintomas objetivos e as alterações corporais são privilegiadas em detrimento dos aspectos subjetivos do adoecer. As queixas emocionais, os sentimentos e a singularidade do processo de saúde-doença não são validados por alguns profissionais de saúde, que somente consideram os sujeitos doentes quando há uma patologia diagnosticada.⁷⁷

⁷⁵ Decreto n. 7.646, de 21 de dezembro de 2011.

⁷⁶ Portaria MS N.º 971, de 3 de maio de 2006.

⁷⁷ LACERDA e VALLA, 2005, p. 177.

No confronto entre medicina científica e medicina tradicional, é evidente a desvantagem desta em relação àquela. A ênfase nos processos culturais e no consequente empoderamento do cidadão, titular da saúde, sugere que seja investigado o abuso de poder por parte de setores comprometidos com a saúde do mercado.

A exposição permanente da medicina científica, nos meios de comunicação social, em prejuízo dos sistemas tradicionais de promoção da saúde decorre de sua estreita ligação com o mercado, especialmente com a indústria farmacêutica. A enfermidade gera a necessidade de cura e a consequente valorização dos produtos que são conhecidos por suas qualidades terapêuticas. Sob perspectiva histórica, trata-se de problema registrado nas raízes do Brasil. No século XVII, há relatos sobre as atividades dos boticários e suas práticas, orientadas pela busca do lucro.

Nos ofícios urbanos reinavam o mesmo amor ao ganho fácil e a infixidez que tanto caracterizam o Brasil, os trabalhos rurais. Espelhava bem essas condições o fato, notado por alguém, em fins da era colonial, de que nas tendas dos comerciantes se distribuíam as coisas mais disparatadas deste mundo e era tão fácil comprarem-se ferraduras a um boticário como vomitórios a um ferreiro.⁷⁸

Duas diferentes racionalidades se confrontam em relação aos medicamentos, ícone do desenvolvimento tecnológico na promoção da saúde: no plano internacional, o interesse do mercado, assinalado nas normas sobre propriedade intelectual; no plano nacional, a preocupação com a saúde e a prevenção de danos. No Brasil, a produção, a oferta e a comercialização desses bens de “consumo social” encontram-se reguladas por normas especiais, de direito farmacêutico, e sofrem a incidência da legislação que protege o consumidor. Apesar disso, os danos causados às pessoas, individual e coletivamente, indicam que a realidade está muito distante dos padrões estabelecidos pelo Poder Legislativo e pelas autoridades sanitárias.

O ambiente internacional, dominado pelo mercado, fortaleceu os mecanismos de controle sobre a racionalidade que gira em torno do interesse econômico privado e garantiu a continuidade de práticas monopolistas, a apropriação privada de bens, sob o rótulo da propriedade intelectual, e os lucros da indústria farmacêutica. Ponderando a respeito das consequências do monopólio privado sobre o medicamento, Carol Proner destaca tratar-se de produtos essenciais, cujo consumo não decorre da escolha, e sim da necessidade.

Ao indivíduo necessitado de medicamentos, não lhe cabe escolha senão buscar

⁷⁸ HOLANDA, 1995. p. 58.

formas de aquisição possíveis, seja por ato de aquisição privada (adquirindo o medicamento) ou por meio de assistência pública, já que ao Estado cabe o dever de assistência à saúde. Mas, não restando possibilidades por uma dessas duas formas de aquisição, o indivíduo sofrerá os efeitos da carência de um bem indispensável para sua integridade enquanto ser humano.⁷⁹

A revisão da história recente das modificações de normas internacionais a respeito de propriedade intelectual mostra que foi imposta a lógica do mercado, que garante a apropriação privada inclusive em relação a bens de consumo essencial, “incluindo áreas sensíveis à continuidade da vida de seres humanos, como os fármacos, a biodiversidade, os costumes, o folclore, os conhecimentos tradicionais”⁸⁰.

Ideologicamente, promove-se a banalização do consumo de bens de consumo social, desvalorizando-se a essencialidade que os caracteriza, especialmente quando se trata de produto de interesse da saúde. Sob outra perspectiva, também são desconsiderados importantes institutos de direito econômico: a concorrência e o monopólio. Por um lado, o sistema impede a concorrência, garantindo ao titular da patente a exclusividade na produção e comercialização; por outra perspectiva, garante-se a concentração econômica, com a imposição do monopólio:

As relações de oferta e demanda, no caso de productos no combate a doenças, estão viciadas pelo elemento da “necessidade”. Como já visto, a “essencialidade” do consumo de determinados medicamentos por uma população enferma altera qualquer suposto equilíbrio de concorrência. Somando-se esse vício a outro ainda maior, o do monopólio de “fatia de mercado” por poucas empresas, escancara-se algo completamente alheio a qualquer teoria econômica de fundamento liberal original.⁸¹

Historicamente, justificava-se a garantia da propriedade intelectual como uma garantia da pessoa, protegendo sua criatividade e seu trabalho pessoal. Hoje, especialmente com a ampliação da escala das pesquisas e seu controle, pela indústria, já não se sustenta a tese liberal porque já não há, como outrora, um inventor. O resultado das pesquisas é apropriado por pessoas jurídicas e os pesquisadores raramente têm acesso ao produto de seu trabalho.

A argumentação iluminista da liberdade e das garantias da propriedade intelectual como exercício de um direito humano fundamental já não encontra sustentação porque a lei não exige a vinculação, para fins de registro, entre real inventor e a invenção. [...] Os pesquisadores/inventores das grandes multinacionais ou de laboratórios privados em geral não percebem lucros nem dividendos proporcionais aos direitos da empresa.⁸²

⁷⁹ PRONER, 2007, p. 344.

⁸⁰ PRONER, 2007b, p. 107.

⁸¹ PRONER, 2007, p. 349.

⁸² PRONER, 2007, p. 350.

O ministro Antonio Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, sustenta que o medicamento, qualificado como bem de consumo social, deve estar disponível para todos. Equivale a dizer que o medicamento – incluindo sua fórmula, modo de fabricação e até seus ingredientes – constituem bem coletivo, e como tal merecem proteção especial do sistema jurídico.

Para os bens de consumo social há uma exigência ética - mas também econômica e política - de disponibilidade coletiva. Ou seja, é mortal para o mercado e para o modelo jurídico como um todo quando apenas certas categorias de consumidores têm ao seu dispor bens como medicamentos, educação, tratamento médico, etc. Aí o consumo ou é generalizado, com participação de todos em iguais condições, inclusive com intervenção do Estado para assegurar sua disponibilidade, ou, do contrário, não se pode falar em verdadeira economia de mercado.⁸³

Na judicialização da saúde, os medicamentos têm sido objeto da maior parte dos pedidos. Por um lado, a imposição da obrigação de prover assistência farmacêutica ao Estado implica a conclusão de que o acesso ao medicamento é elemento essencial do direito à saúde. Analogamente, outras inovações tecnológicas de interesse da saúde também o são. Por outra ótica, especialmente porque há argumentos de sobra contra a atribuição de propriedade intelectual sobre fármacos, abre-se a oportunidade para que o tema seja melhor discutido, à luz dos casos concretos de pessoas que sofreram sérios danos devido às práticas monopolistas da indústria farmacêutica.

A reflexão sobre o papel e os métodos utilizados pela indústria farmacêutica para transformar a assistência à saúde em mercadoria nos leva ao direito do consumidor e sua evolução. Martins da Costa distingue consumidor e profissional, salientando que o estatuto jurídico destes tem origem medieval, situando no período de aquecimento da economia europeia, após as Cruzadas, o surgimento dos institutos do direito comercial/empresarial. É o momento em que “as feiras, espécies de caravanas estabilizadas, mostram-se lugares seguros para o comércio florescente e passam a exigir a produção de uma jurisdição e de um direito próprios para os comerciantes”⁸⁴. De lá para cá, aperfeiçoou-se um estatuto jurídico próprio dos comerciantes, que, em sintonia com o interesse fiscal do poder político, pediam decisões rápidas, incompatíveis com a morosidade da justiça civil.

O direito do consumidor é matéria recente. Forjou-se a partir das grandes mudanças que se processaram na produção e no consumo de bens e serviços ao longo do último século,

⁸³ BENJAMIN, 1994, p. 22.

⁸⁴ MARTINS DA COSTA, 2008, p. 7.

aperfeiçoando estatutos próprios nas últimas décadas do século XX. A produção e o consumo em massa tiveram, como consequência, a danosidade coletiva expressa em problemas com alimentos, bebidas, medicamentos e muitos outros produtos e serviços.

Embora a maior parte das demandas judicializadas tenha como objeto a proteção econômica, a proteção da vida e da saúde humanas constituem o primeiro objetivo dos sistemas protetivos. No direito brasileiro, a proteção da saúde e da segurança figuram entre os objetivos do Código do Consumidor, que assegura, como direitos básicos, a proteção da vida, saúde e segurança; a informação adequada e clara sobre os produtos e serviços, especialmente quanto a riscos, além da proteção contra práticas e cláusulas abusivas.

Os problemas, no que diz respeito à determinação da concepção de saúde, decorrem da divisão que se estabeleceu entre os sistemas de saúde público e privado. Já vimos que a Constituição brasileira diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida sob os amplos princípios da universalidade e da integralidade. Todavia, como a exploração privada da saúde foi também admitida pela Constituição, dois sistemas se formaram e compartilham a mesma rede assistencial, estabelecimentos e profissionais de saúde, mas são regulados por sistemas diferentes.

Em qualquer caso, incidem as regras sobre qualidade e segurança de produtos e serviços. Relevante será o “ato de consumo” de um medicamento ou de um serviço de saúde para a incidência das normas de proteção ao consumidor.

A confusão, quanto ao objeto, decorre da distinção entre o direito subjetivo público à saúde, garantido pela Constituição, e o direito à assistência à saúde, que na Lei de Planos de Saúde se restringe à assistência médica, hospitalar e odontológica. Nem sequer a assistência farmacêutica, item de peso na economia da saúde, foi incluída entre os direitos assegurados ao consumidor de planos de saúde.

O tema é controverso. Tanto as entidades de defesa do consumidor quanto o Conselho Federal de Medicina brasileiro resistiram à limitação da assistência à saúde, que, não obstante isso, restou consagrada pela jurisprudência. O Conselho Federal de Medicina chegou a produzir uma Resolução, a de n.º 1.401, em 1993, proibindo a limitação da responsabilidade dos planos de saúde, mas foi derrotada pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), que assumiu a defesa dos interesses das seguradoras privadas. Apesar disso, a ideia de que saúde não é mercadoria, e de que o sistema deve ser totalmente público, permanece viva:

Em meu ponto de vista, e sei que há muita gente que não concorda comigo, a raiz do problema está na compreensão equivocada da saúde como produto, ou seja, a saúde vista como ‘bem de troca’, uma mercadoria, e não com um bem público, um direito dos cidadãos, que não pode, sob nenhuma hipótese, ser objeto de venda. Enquanto

nós não revertermos esse processo, onde a saúde é vista como “mais um produto à venda no mercado”, nós não conseguiremos organizar um sistema eficiente para atender à população. Da forma como está estruturado, o sistema de saúde funciona para “fazer dinheiro”, e nada mais. Nessas condições, quem manda, quem regula e quem dita as regras é o ‘mercado’!⁸⁵

A Lei de Planos de Saúde, de 1998, consagrou a exclusão de cobertura, como regra, legitimando a oferta de planos com cobertura limitada. Como consequência – e grave problema na seara dos direitos humanos – o acesso ao bem saúde é dificultado pela pluralidade de prestadores, que se sujeitam a regimes jurídicos diversos. Tanto quanto no conflito entre as práticas tradicionais de atenção à saúde e a chamada “medicina científica”, os discursos público e privado orientam-se por epistemologias distintas e, em alguns casos, nota-se que claramente se misturam. A título de exemplo, pesquisas realizadas na jurisprudência brasileira mostram que é comum a invocação do princípio da integralidade, nos conflitos entre operadoras de planos de saúde e seus clientes. Por outro lado, em ações movidas contra o sistema público, é frequente a referência ao nome comercial de um medicamento nos pedidos formulados, prática proibida pela legislação, que exige a indicação do produto por meio do nome genérico, adotando-se a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, em sua ausência, a Denominação Comum Internacional (DCI). Ambos os exemplos mostram a confusão entre os dois sistemas, como demanda por integralidade, dirigida ao financiador privado, e demanda por produto de marca, contra o SUS.⁸⁶

Com o quadro até agora desenhado, já é possível começar a estabelecer distinção entre a “saúde” sob a perspectiva do Estado e a “saúde” controlada pelo mercado. O modelo abstrato, instituído na Constituição brasileira por meio do um Sistema Único de Saúde aponta um modelo de saúde com provisão estatal e fixa seus principais atributos: universalidade, integralidade e gratuidade. Trata-se, porém, de um modelo ideal, cuja implementação parece cada vez mais distante. No modelo constitucional, construído a partir daquele proposto na 8ª Conferência Nacional de Saúde, a iniciativa privada seria autorizada a atuar na saúde pública, de forma complementar, conforme disposto no art. 199, §1º. Na prática, em quase três décadas, os serviços públicos de saúde são cada vez mais reduzidos.

O médico sanitário Lúcio Borges Barcelos, que já foi Secretário Municipal de Saúde de Porto Alegre, Gravataí e Cachoeirinha, no Rio Grande do Sul, alerta que a exceção virou a regra, e o sistema que devia ser público está cada vez mais privatizado.

⁸⁵ BARCELOS, 2014, p. 34.

⁸⁶ MIRANDA e PIRES, 2008, p. 56-71.

Na vida real, o sistema público que subsiste (não mais que 30% do total) está completamente abandonado e subordinado aos interesses dos setores privados da saúde. [...] Sequer dá para falar em voltar às origens, porque historicamente o SUS nunca chegou a ser majoritariamente público/estatal. Agora é possível e necessário reivindicar que o Estado cumpra, pela primeira vez na história, o que ficou determinado na Constituição de 1988, revertendo a situação atual e impondo, gradativamente, a preponderância do setor público sobre o privado.⁸⁷

O militante sanitarista descreve vários exemplos que retratam a forma como as forças produtivas, na saúde brasileira, estão dominadas pelo setor privado e os serviços públicos, sucateados. O sistema público transformou-se em um grande comprador de serviços privados, adquirindo 70% dos serviços, equipamentos e insumos oferecidos à população. No caso dos medicamentos, o percentual chega a 90%, sendo escassa a produção de fármacos pelo Estado. Além disso, cada vez mais, o orçamento público tem sido utilizado para transferir tecnologia, pesquisa e financiamento para o setor privado⁸⁸.

É permanente a tensão entre as duas formas de prestação de serviço. Se existe concorrência entre o sistema público e a iniciativa privada, esta, que busca o lucro, não tem interesse na boa qualidade da assistência à saúde oferecida pela rede pública. Nos locais e épocas em que os serviços públicos são oferecidos com eficiência e qualidade, a demanda pelo serviço privado tende a cair.

Não se trata de problema novo. Para Aristóteles, é incontestável a divisão dos bens em três classes: “os da alma, os do corpo e os exteriores”, e a função do bom governo é criar condições para a felicidade das pessoas, por meio desses bens.

São antigos os registros de conhecimentos ligados ao funcionamento do corpo humano, das moléstias e da farmacopeia. Sabe-se que os egípcios, há quase 4.000 anos, já apontavam os fatores naturais como causa de doenças e foram responsáveis por grandes avanços da medicina. Também antigas – e ainda vivas – a medicina tradicional chinesa e a ayurveda, da Índia, possuem semelhanças notáveis, tanto no plano teórico quanto na prática clínica, e diferenças significativas.⁸⁹ No enorme legado da civilização greco-romana, sobressaem a emblemática figura de Hipócrates e a sistematização do conhecimento médico realizada por Galeno. Há notícia de que os serviços eram pagos pelos necessitados e, em algumas situações, custeados pelas cidade.

Comunidades maiores tinham médicos municipais permanentes. Cerca de 600 a.C., certas cidades começaram a nomear médicos; se uma comunidade desejasse ter um

⁸⁷ BARCELOS, 2014, p. 19.

⁸⁸ BARCELOS, 2014, p. 23.

⁸⁹ NINIVAGGI, 2015, p. 54.

médico, oferecia-lhe um salário anual e se reunia dinheiro, através de uma taxa especial; ao fim do século V, esse procedimento se difundiu pelas cidades gregas. Garantia-se ao médico algum provento mesmo quando não havia trabalho, e ele costumava, também, atender os necessitados.⁹⁰

O financiamento dos produtos e serviços necessários à promoção da saúde humana constitui problema perene, em todas as culturas. A ciência e os documentos históricos comprovam que as civilizações antigas foram fustigadas por epidemias e doenças, inerentes à própria vida. O instinto de autopreservação e o espírito solidário motivaram as ações de assistência à saúde e sua organização, desde a antiguidade. A responsabilidade recai sobre a cidade, sobre uma coletividade ou sobre o próprio doente. De todas, a forma mais rara de custeio é a última, em face da debilidade natural em que se encontra o enfermo⁹¹.

A situação mais comum sempre foi a ação da própria coletividade, do grupo que vive próximo ao enfermo, que se mobilizava para prestar-lhe assistência. Além dos sentimentos altruístas, as pessoas sadias sustentavam os hospitais para se defender, com medo do perigo de contágio⁹². O médico era contratado por uma família, por um grupo de famílias e mantinha-se à sua disposição durante determinado período.

O Estado, por sua vez, assumiu ocasionalmente a responsabilidade pelos cuidados com a saúde dos indivíduos, principalmente nos momentos em que ocorreram grandes epidemias. As intervenções apresentaram caráter preventivo (saneamento e combate a epidemias) e, em alguns casos, assistencial, com a construção de hospitais e a contratação de médicos.

Esquemáticamente, pode-se dizer que, até o final do século XVII, as incumbências coletivas da doença eram feitas por meio da assistência aos pobres. Mas há exceções, claro: os regulamentos a serem aplicados em tempos de epidemia, as medidas tomadas nas cidades pestilentas, as quarentenas impostas em alguns dos grandes portos constituíam formas de medicalização autoritária não organicamente ligadas às técnicas de assistência. Mas, fora desses casos limites, a medicina entendida e exercida como “serviço” nunca foi senão um dos componentes dos “socorros”. Ela se dirigia à categoria tão importante, apesar da indecisão de suas fronteiras, dos “pobres doentes”. Economicamente, essa medicina-serviço era, no essencial, garantida por fundações de caridade. Institucionalmente, era exercida no âmbito de organizações (religiosas ou leigas) que se propunham a múltiplos fins [...] ⁹³

Quando da Revolução Industrial, a doença passou a ser identificada como causa de prejuízo ao capitalista e objeto de atenção do poder econômico privado. Os romanos já haviam percebido as relações entre o trabalho e determinados agravos à saúde, mas não

⁹⁰ ROSEN, 1994, P. 33.

⁹¹ ROSEN, 1994, p. 65.

⁹² DALLARI, 1987, p. 8.

⁹³ FOUCAULT, 2011, p. 359.

adotavam providências visando à melhoria das condições dos trabalhadores. A convocação do Estado para o papel central na promoção da saúde resulta das necessidades econômicas decorrentes da industrialização e da urbanização.

A doença provocava queda de produtividade. A necessidade de instalação dos trabalhadores próximos às unidades de produção levou à urbanização, que veio acompanhada de uma série de problemas de saúde pública. Sem saneamento, morando em condições precárias, os trabalhadores sofreram agravos à sua saúde.

O Estado foi convocado a assumir o custeio da assistência individual à saúde. Para a economia liberal, as doenças representavam um custo elevado e a relação entre as condições de saúde e a qualidade de vida já eram conhecidas. Ganha força, dessarte, por influência dos capitalistas liberais, o movimento sanitário.

Ao longo do século XX, o cuidado com a saúde transformou-se em uma indústria em si. Assim, o capital, que em um primeiro momento transferiu para os ombros do Estado a responsabilidade pelos danos à saúde por ele causados – tanto ao trabalhador quanto ao consumidor – resolveu assumir as ações e serviços de saúde, mediante remuneração.

Na busca de elementos para uma intervenção contextualizada em relação aos problemas de consumo e meio ambiente, Paulo Valério Dal Pai Moraes aponta a necessidade de superação da “herança cultural do individualismo do século XVIII” para que a responsabilidade pelos danos ambientais e consequentes agravos à saúde sejam atribuídos a quem lhes deu causa: aquele que atua na série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção das matérias-primas e insumos, o processo produtivo e a disposição final (pós-consumo).

O mais perverso de tudo isso é que tais danos de monta e grande parcela dos custos ambientais são transferidos para o Sistema Único de Saúde – SUS –, o qual é obrigado a custear os reflexos da farra de produtos e serviços inadequados colocados no mercado de consumo e que atingem a vida e a saúde das pessoas de maneira direta ou indireta, na forma ora apontada.⁹⁴

Ao observar a evolução histórica, notamos que a revolução industrial, com a consequente urbanização, aliada à produção e ao consumo massificados, constitui a principal causa das doenças e agravos à saúde que se manifestam em nosso cotidiano. Desde pelo menos o século XIX, na Europa e América do Norte, e desde os anos 1950, no Brasil, o modelo de desenvolvimento adotado determina as condições de saúde individuais e coletivas da população. A saúde pública se desenvolve movida pelo interesse do capitalista em

⁹⁴ MORAES, 2013, p. 126.

externalizar – para o Estado – os prejuízos causados pelo processo produtivo, socializando a responsabilidade pelo custeio das ações e serviços de saúde. Depois, e de forma crescente, o cuidado com a saúde passa a ser explorado pelo mercado, transformando-se em poderosa indústria.

Não é fácil distinguir, na prática, a fronteira entre a “saúde” do mercado e a “saúde” do Estado. O modelo ideal, definido pela Constituição Brasileira, tem o Estado como provedor da saúde, em caráter universal, integral e gratuito. Do outro lado, no modelo de “saúde” do mercado, a regra é a discriminação de pessoas, de serviços e de doenças, tudo visando ao lucro, à vantagem econômica.

No movimento circular, sempre retornamos à pergunta central, em busca de uma adequada definição de saúde. Pode ser um copo d’água potável. Um prato colorido, de frutas perfumadas. Uma boa caminhada, seguida de um banho. A noite bem dormida. O cheiro da terra molhada pela chuva. Saúde é acordar disposto para a mais longa jornada; é caminhar pela praia, flunar despreocupado pela cidade. A taça de café com leite e o pão com manteiga. Saúde é estar junto com aqueles que mais amamos; é ouvir o silêncio, em meditação profunda; é apreciar o horizonte do alto da montanha.

No processo cultural, lidamos com percepções subjetivas, que se contrapõem à de outros. Sabemos que o “estado de fato” não corresponde exatamente à nossa impressão cultural e que cada pessoa experimenta de forma diferente os acontecimentos.

Os exemplos acima multiplicam-se, infinitamente, na medida em que giramos, com o olhar, pelos vários campos definidos pela Lei Orgânica da Saúde como “determinantes e condicionantes” da saúde: a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais⁹⁵. Como consequência, no momento em que procuramos definir a saúde como bem, objeto de um direito, nos defrontamos com um termo aberto, construído coletivamente, de forma relacional.

Conscientes de que se trata de um processo cultural, podemos identificar, na conduta dos vários atores, comportamentos tendentes à emancipação e, em oposição, atitudes que visam à regulação. À medida que policiamos nosso próprio comportamento, adotando reações voltadas à emancipação, nos tornamos mais abertos à compreensão das percepções alheias – que podem ser emancipadoras ou reguladoras – e aptos a construir espaços onde todas e todos, especialmente os excluídos e os enfraquecidos, possam ser acolhidos como iguais.

⁹⁵ Lei n.º 8.080/1990, art. 3º, com redação dada pela Lei n.º 12.864/2013.

Crescemos moralmente quando temos que nos confrontar com as imperfeições de nossos conjuntos de convicções, aceitando-as e tentando aprender de outros sistemas de convicções. Retrocedemos, quando, enfrentando tais inevitáveis imperfeições, procuramos reforçá-las mutuamente, do interior das mesmas, sem levar em consideração a heterogeneidade e a diversidade do mundo em que vivemos.⁹⁶

Apesar da amplitude do conceito proposto pela Lei Orgânica da Saúde, que transita entre determinantes e condicionantes, o exame dos discursos utilizados nas ações judiciais que discutem questões de saúde revelam a postura reguladora dos principais atores. O Estado invoca separação de poderes, arvorando poderes exclusivos para decidir sobre as prestações devidas a cada cidadão. O médico recusa-se a expor os fundamentos da prescrição. Na maioria dos casos, o relatório é omissivo quanto à anamnese e à exploração física, procedimentos clínicos e terapêuticos empregados, e seus resultados, etc., limitando-se, quando muito, a descrever a enfermidade e o problema de saúde atual de forma sucinta. O beneficiário da petição – representado por advogado, defensor público ou membro do Ministério Público – limita-se, na maioria dos casos, a invocar aplicação direta do texto constitucional, deduzindo o direito postulado a partir de uma concepção ampla e abstrata de saúde.

Quando todos os atores mantêm posições reguladoras, partindo de concepções absolutas, inegociáveis, fecha-se o circuito de reação cultural. A solução virá por imposição, a partir de um terceiro, e gerará novas reações, mais radicais, tendentes a bloquear ainda mais a possibilidade de diálogo, de participação, de humanização.

A criação da Comissão de Incorporação de Tecnologias no Ministério da Saúde é o exemplo perfeito de uma resposta reguladora. A pressão visando à incorporação de novas tecnologias – que interessa principalmente à indústria – provocou a criação de uma instância na qual se tenta concentrar o poder decisório em relação às listas de medicamentos oferecidos. No primeiro momento, somente a União participava da referida comissão. Depois, Estados e Municípios são incluídos, além do Conselho Nacional de Saúde, mantendo-se, porém, o controle total por parte da instância federal e garantindo-se a presidência à Secretaria que, no Ministério da Saúde, está diretamente ligada à pesquisa científica, a qual, por ser preponderantemente privada, é facilmente capturada pelo interesse da indústria farmacêutica.

O passo seguinte envolveu o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que passou a discutir a judicialização da saúde e a estabelecer limites aos poderes do juiz, subordinando as decisões que interpretam a norma constitucional. Assim, em maio de 2014, o CNJ assentou o

⁹⁶ HERRERA FLORES, 2007, P. 100.

juízo de que, nos pedidos que visam ao acesso a produto não disponibilizado pelo SUS, “o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS” (Enunciado 16). Depois, em maio de 2015, na *II Jornada de Direito da Saúde*, o CNJ recomendou aos juízes que consultem a Comissão Nacional de Incorporações de Tecnologias do SUS (CONITEC), sempre que se defrontarem com pedidos de medicamentos, produtos ou procedimentos de interesse da saúde (Enunciado 57).

Tanto a atitude do Ministério da Saúde, que centralizou as decisões na CONITEC, quanto a do CNJ, que subordina os juízes à dita comissão, são intervenções de caráter regulador visando impor limites ao conceito de saúde, ou de assistência à saúde, enquanto objeto de direito. O objetivo explícito é obstruir aprioristicamente as pretensões daqueles que postulam medicamentos não incluídos nas políticas públicas, atingindo os interesses dos usuários do SUS, dos médicos prescritores e da indústria farmacêutica, não necessariamente nessa ordem.

Al procurarnos medios e instrumentos que nos van a permitir explicar, interpretar e intervenir en las relaciones, vamos modificándolas ya sea en un sentido regulador o emancipador. Por esa razón, más que de “culturas”, hablamos de *procesos culturales*, y más que de humanismo abstracto y metafísico, hablamos de *proceso cultural de humanización*, el cual nos permitirá, si es que queremos buscar una alternativa al orden de cosas existente, acceder a la realidad de un modo emancipador y solidario.⁹⁷

É pertinente indagar se antes das intervenções do Ministério da Saúde e do CNJ, o circuito de reação cultural encontrava-se aberto. Indagar a quem interessa o comportamento do Poder Judiciário que determina ao Estado e ao Município a aquisição de terapias experimentais, de medicamentos não incluídos nas políticas públicas, de prescrições *off-label*⁹⁸.

Na maior parte dos casos, não há como apurar-se efetivo benefício ao usuário, visto que as decisões judiciais não exigem que sejam demonstrados resultados ou apresentada qualquer prestação de contas. Só recentemente, com a intervenção do CNJ, os juízes estão sendo orientados a exigir “renovação periódica do relatório médico” (Enunciado 2) e a “inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico” (Enunciado 11).

⁹⁷ HERRERA FLORES, 2005a, p. 115.

⁹⁸ *Off label*: prescrição de medicamento fora da bula, situação que caracteriza o chamado tratamento experimental.

De qualquer forma, inegável a vantagem direta da indústria e indireta dos médicos prescritores, que tomam conhecimento das inovações da indústria por meio dos instrumentos de *marketing*, os quais incluem patrocínio de viagens para congressos, prêmios, distribuição de amostras, etc.

De todos, o mais frágil, porque desinformado, desorganizado e, em muitos casos, enfermo, é o usuário. O elo mais enfraquecido da rede é aquele no qual, teoricamente, localiza-se o titular do direito, o beneficiário das pesquisas, das políticas públicas, das ações e serviços de saúde. Assim, a desobstrução do circuito de reação cultural não se dará com a derrubada das imposições do Ministério da Saúde e do CNJ, que se dirigem contra o abuso do poder econômico da indústria. O processo cultural será emancipador a partir do empoderamento do usuário com a provisão de informações, o estímulo à organização por meio de associações e participação institucional em Conselhos e Conferências de Saúde.

O empoderamento do usuário é um dos pressupostos para que os processos culturais sejam emancipadores. Talvez o principal. A propósito, o sociólogo Bruno Latour sugere que as ciências sociais cumprem três tarefas diferentes: a documentação, que torna visíveis as relações e sua dinâmica; a identificação de controvérsias, que nos permite compreender a instabilidade e as vulnerabilidades do sistema de relações e, por fim, o engendramento de ações políticas que emergem com a execução das duas primeiras tarefas.

[...] documentar os vários modos pelos quais o social é construído por meio da engenhosidade de seus membros, estabelecer as controvérsias sobre o social, limitando o âmbito das entidades em ação no mundo; e tentar resolver a questão social oferecendo uma prótese para a ação política.⁹⁹

Em abordagem próxima, Herrera Flores propõe três tarefas àqueles que buscam trabalhar sob a orientação de uma teoria crítica dos direitos humanos, com propósito emancipador. Primeiro, a tarefa de “visibilizar”, tornando explícita a complexidade inerente aos processos e superando os entraves inerentes ao paradigma da simplicidade (separação, redução, abstração); depois, conforme a tradução de Carol Proner, “desestabilizar”, comportamento que “se reviste de carácter cuestionador, de combate argumentativo, porque debilita el ‘sentido común’ e introduce la duda donde antes había solamente certeza e seguridad”¹⁰⁰. O passo seguinte é “transformar” o mundo, construindo diferentes metodologias de ação e interação social, criando novos significados e novas realidades, conscientes de que há outras formas de perceber e afetar o entorno de relações em que

⁹⁹ LATOUR, 2012, p. 230.

¹⁰⁰ PRONER, 2011, P. 32.

vivemos¹⁰¹.

Enquanto Bruno Latour sublinha a necessidade de documentar, Herrera Flores nos convida a visibilizar. A proposta de identificar controvérsias se alinha com o propósito de desestabilizar. E a potência do transformar corresponde à ação política materializada em metodologias de ação social orientadas para a emancipação.

CAPÍTULO 2: DIREITO E PROCESSO CULTURAL

O direito, como processo cultural, é objeto da investigação exposta neste capítulo, que apresenta elementos necessários à invenção do direito coletivo à saúde. Como ponto de partida, a simples observação da evolução dogmática do direito à saúde por meio da evolução da jurisprudência constitui, em si, a observação de um processo cultural. A visão se aperfeiçoa com a apreciação do direito coletivo na realidade brasileira, sua classificação, evolução e difícil implementação, e com revisão de alguns fundamentos teóricos orientados para a justiça coletiva.

Nas aproximações precedentes, examinamos o bem “saúde” como um processo cultural, identificando diferenças entre os estados de fato consistentes em doença, epidemia ou agravo à integridade corporal, da percepção cultural desses fenômenos por parte dos coletivos e dos indivíduos que neles intervêm. Vimos que as várias posições, e correspondentes reações dos atores, podem ser ideológicas, orientadas para a obstrução do diálogo por meio da negação da forma ou mesmo da possibilidade de que outros possam perceber a realidade de maneira diversa, orientada por diferente epistemologia. Sustentamos, por fim, que somente com a desobstrução dos circuitos de reação cultural, resultado da criação de espaços onde todos possam expressar-se e ser ouvidos, será possível a obtenção de resultados que se harmonizem com o ideal de vida digna, o ideal emancipador.

Nos aproximamos, portanto, de um conceito de saúde orientado pela teoria crítica dos direitos humanos: complexo, relacional, emancipador.

Assim, definidos os critérios para a identificação do bem – saúde ou assistência à saúde – impõe-se a revisão do segundo elemento de nosso objeto: o próprio direito. Direitos humanos. Direito à saúde. Direito à assistência à saúde. Também aqui nos encontramos diante de um produto cultural sofisticado, o qual se caracteriza pelo seu aspecto prático, por funcionar como guia que orienta o fazer humano.

¹⁰¹ HERRERA FLORES, 2005, p. 93.

Característica essencial do direito é ser prático em um sentido ainda mais específico: feito conscientemente para servir à ação, para ser um guia da ação. As normas jurídicas e a jurisprudência – a ciência ou a arte de decidir e de ensinar a decidir segundo normas jurídicas – não explicam nem descrevem a realidade.¹⁰²

O chamado direito à saúde é resultado de uma prática que evolui paralelamente ao desenvolvimento da própria concepção de saúde, enquanto bem coletivo. No direito brasileiro, são recentes as decisões judiciais e a correspondente doutrina em torno do direito à saúde. Após a Constituição de 1988, que reconheceu um direito à saúde, o tema começou a chegar aos Tribunais por meio de demandas envolvendo contratos de plano de saúde, na década de 1990, evoluindo, no início do século XXI, com a multiplicação de casos em que o sistema público de saúde passou a ser cobrado.

Na prática, a partir do exame das decisões judiciais, constata-se que o chamado “direito à saúde” tem sido interpretado como direito ao acesso a medicamentos, a tratamentos médicos específicos, a leito hospitalar, transporte sanitário, etc. Ou, sob a perspectiva coletiva, também se encontram decisões que tutelam o “direito à saúde” determinando a adequação hospitalar, a modificação de protocolos assistenciais, a execução de ações de vigilância sanitária, epidemiológica e ambiental, a implementação de políticas de saúde, etc.

O conjunto de decisões judiciais e sua evolução recente – situadas em um contexto no qual atuam vários coletivos, com interesses divergentes e, conseqüentemente, com percepções culturais do bem “saúde” alinhadas com seus próprios interesses – permite que se identifiquem os vários processos culturais envolvidos e as reações dos diversos grupos. Além da visão geral do fenômeno, interessa particularmente o tratamento dado às ações coletivas e a crítica dos pedidos formulados, à luz de uma concepção emancipadora da justiça e do direito, sob a perspectiva coletiva, ou seja, dos interesses transindividuais e indivisíveis.

No direito brasileiro, o primeiro grande movimento que se identifica nesse sentido decorre do surgimento da aids, seus efeitos devastadores e a reação dos movimentos sociais. Até 1996, os casos que chegavam ao Judiciário pedindo a aplicação do art. 196 da Constituição recebiam decisão negativa, com o fundamento de que se tratava de norma programática, desprovida de exigibilidade direta. A mudança começa com as decisões que passam a garantir o acesso universal e gratuito aos antirretrovirais.

As primeiras ações, que visavam à tutela de interesses individuais, foram rechaçadas. Depois, a partir de determinado momento, quando a disseminação da doença cresceu e a

¹⁰² LIMA LOPES, 2004, p. 40.

consciência de um risco coletivo tornou-se senso comum, a interpretação mudou. Tratar adequadamente cada caso individual passou a ser percebido como ação de interesse coletivo.

As ações diminuíram, a partir de 1997, em decorrência da aprovação da Lei n.º 9.313, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de aids, e da implementação dos programas de distribuição nos Estados e Municípios, mas a porta estava aberta: com a nova interpretação do art. 196 da Constituição de 1988, as pretensões se estenderam a outras ações de assistência à saúde, e o Judiciário, acionado por grupos organizados da sociedade civil, ampliou o acesso e passou a concretizar os princípios da universalidade e da integralidade.

O julgamento do Recurso Extraordinário n.º 271.286, em 2000, consolidou as decisões proferidas nos anos anteriores, as quais, embora admitindo o caráter programático do enunciado que aponta a saúde como “direito de todos e dever do Estado”, reconheceram sua exigibilidade. É conhecido o teor do juízo emitido pelo ministro Celso de Mello:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. (RE 271.286-AgR, Rel. Minº Celso de Mello, julgamento em 12.09.2000, Segunda Turma, DJ de 24.11.2000.)

A partir dos pronunciamentos superiores, a judicialização das questões de saúde multiplicou-se. O crescimento ao longo dos primeiros anos do atual século aconteceu em progressão geométrica, alcançando Municípios, Estados e União, que viram crescer, em seus orçamentos, o volume de recursos dedicados ao cumprimento de ações judiciais com demanda de assistência à saúde.

No entanto, se é certo que a evolução da jurisprudência tem ampliado o acesso individual a ações de assistência à saúde, o mesmo não se pode dizer em relação às ações coletivas, que ainda enfrentam grandes dificuldades para obter o deferimento judicial. Enquanto a maior parte dos casos individuais se resolve com o deferimento de medidas liminares, raríssimas são as medidas antecipatórias concedidas em ações coletivas movidas

pelo MP. Como consequência, visto que nem todos têm efetivo acesso à Justiça, a judicialização em casos individuais “acaba por criar outro aspecto de exclusão do sistema”¹⁰³.

Embora a grande mudança na orientação jurisprudencial tenha sido motivada pela dimensão coletiva do risco à saúde, a tutela individual ganhou autonomia e prevalência, deixando em segundo plano as preocupações com a saúde coletiva.

Nota-se que foi bastante rápido o crescimento das ações judiciais movidas em face do poder público visando obter prestações de saúde individuais. As ações coletivas, mais adequadas à tutela de interesses comuns, não tiveram a mesma receptividade porque o Judiciário reduziu sua atenção, nos últimos séculos, aos conflitos bilaterais, e o Poder Executivo apropriou-se da justiça distributiva.

O problema é que, com a multiplicação de ações individuais, sem maior preocupação com as políticas públicas – que pressupõem, em tese, a dimensão distributiva da justiça –, as decisões adotam a racionalidade própria dos conflitos bilaterais, inadequada ao trato de interesses qualificados como transindividuais e indivisíveis. A atomização dos conflitos oculta a dimensão coletiva, o impacto da prestação individual na melhoria da saúde de todos. Assim, embora se disponha a resolver, com os instrumentos jurídicos tradicionais, questões envolvendo direitos sociais, o pretório vem utilizando a racionalidade inerente ao direito subjetivo individual e afastando objeções de cunho consequencialista.

As ações coletivas podem ser úteis para o combate à exclusão. Nesse sentido, a reflexão sobre o direito à saúde deve incorporar, de maneira mais forte, as discussões em torno da equidade e, mais especificamente, da equidade em saúde.

1.2.1 Direito coletivo à saúde no sistema jurídico brasileiro

A compreensão dos aspectos coletivos do direito à saúde permeia alguns debates mais amplos em torno da concepção de justiça distributiva e da correlata noção de equidade. Os casos individuais fortaleceram a interpretação do art. 196 da Constituição brasileira sob a ótica limitada do direito subjetivo. Onde se lê “saúde é direito de todos e dever do Estado”, a interpretação individualizada desconsidera que a atribuição de algo a “todos” implica necessariamente a definição de critérios de distribuição.

Essa dificuldade decorre da prolongada exclusão das questões de justiça distributiva das pautas dos Tribunais. Na revisão dos conceitos de “direito, ordem e justiça” no

¹⁰³ MACHADO e DAIN, 2012, p. 470.

pensamento jurídico moderno, José Reinaldo de Lima Lopes mostra que, ao longo dos últimos séculos, os Tribunais ficaram confinados ao “campo da comutação”, restritos aos temas das trocas e da bilateralidade dos contratos. As questões distributivas foram transferidas para a política. Conforme registra o livre-docente da Universidade de São Paulo, somente nas últimas décadas do século XX é que retornaram ao pretório os problemas envolvendo direitos de bem-estar social (educação, saúde, previdência e assistência social), custos econômicos e financeiros da vida em comum (reformas monetárias e tributárias, direito do consumidor, regulação de concessões e investimentos públicos, etc.), direitos civis e humanos em geral, “muito especialmente a defesa de minorias ou grupos socialmente subalternos e dissidentes políticos”¹⁰⁴.

Se examinamos esse fenômeno à luz do pensamento de Herrera Flores, que descreve a evolução dos direitos humanos a partir da observação dos circuitos de reação cultural, identificamos os bloqueios ideológicos que dificultam a compreensão da saúde como direito. O mestre sevilhano observa que a ação social se orienta por metodologias – direito, política, economia, arte, religião – e, a cada momento histórico, identificamos algum – ou alguns – desses conteúdos com a forma básica de regulação da ação social¹⁰⁵.

Entre os campos em destaque, neste ponto, observamos os contrastes entre direito, política e economia. Em primeiro lugar, as disputas entre direito e política. A recente construção das concepções correntes de direito objetivo e direito subjetivo, direito público e direito privado são fruto da separação entre o político e o jurídico que, ao longo dos séculos XVII, XVIII e XIX, moldaram o papel dos Tribunais e do sistema jurídico, afastando as questões distributivas do controle judicial.

Vale lembrar: a distinção entre justiça distributiva e justiça comutativa surge com Aristóteles, que identifica a justiça distributiva com a bondade, chamando-a justiça geral, e a justiça como virtude particular, associada à igualdade. José Reinaldo Lima Lopes sintetiza, com precisão:

Analísada mais de perto, porém, a justiça seria apenas uma das virtudes morais. Nesse segundo sentido a justiça era virtude particular. E olhando-a como virtude particular, seria a virtude das igualdades, das relações de igualdade e do conhecimento, descoberta e aplicação das regras de igualdade. Ora, a igualdade se estabelece tanto nas trocas quanto nas partilhas. A igualdade das trocas é aritmética, e a respectiva virtude se chamaria justiça retributiva. A igualdade das partilhas é proporcional (geométrica) e a respectiva virtude se chamaria justiça distributiva.

¹⁰⁴ LIMA LOPES, 2004, p. 197 e 201.

¹⁰⁵ HERRERA FLORES, 2005a, p. 122.

Pode-se ser justo nas comutações ou nas distribuições.¹⁰⁶

Na revisão histórica, que ilumina a compreensão das dificuldades que se apresentam para o enfrentamento de questões distributivas pelo Judiciário, nos dias atuais, verifica-se que os juristas, até o século XVII, tratavam igualmente de ambas as espécies de justiça. A exclusão ganha maior peso com a divisão de poder estabelecida nos Estados liberais do século XIX, que transferiram as questões distributivas para o campo político, deixando ao arbítrio dos Poderes Executivo e Legislativo as decisões sobre os bens indivisíveis, os interesses coletivos, o comum.

Como consequência, a dogmática jurídica concentrou-se nas trocas, nos direitos individuais, nas relações bilaterais, restringindo a pesquisa e o ensino do direito.

A noção de direito subjetivo e seu conteúdo individualista evoluiu a partir de situações bilaterais, com indivíduos em situação de relativa igualdade. Na justiça comutativa, a busca do equilíbrio entre os dois pratos da balança é suficiente. Responsabilidade civil, contratual e extracontratual. Quem descumpre a obrigação responde por perdas e danos (art. 389 do Código Civil) e quem causa dano a alguém obriga-se a indenizar conforme a extensão do dano (art. 944 do Código Civil). Na justiça distributiva, o cálculo é mais complexo: o bolo deve ser distribuído por todos, com equidade; situação que exige a construção negociada de critérios que conduzam a uma divisão justa.

Os modernos tendem a interpretar que a justiça distributiva não pode ser propriamente assunto de adjudicação. De fato, o processo pelo qual se delibera e se dá a cada um o seu nos conflitos distributivos não se resume ao jogo de soma zero. Nos conflitos distributivos, embora haja o seu de cada um, este não é simplesmente trocado, com na compra e venda. Não se trata, tampouco, de restituir tanto por tanto. A situação é mais complicada, e por isso o julgador não pode simplesmente tirar algo do sujeito A e transferi-lo para o sujeito B.¹⁰⁷

A evolução da tutela coletiva exige atenção simultânea às demandas individuais, e sua gravidade, e às necessidades coletivas, que se caracterizam por serem transindividuais e indivisíveis. Porque são transindividuais, o eventual benefício, ou prejuízo, atinge a *todos e ao meio ambiente*, e são indivisíveis, na medida em que produz efeitos que atingem a *todos e ao meio ambiente*.

Atenção à distribuição justa exige atenção às diferenças e a busca da equidade em saúde. Daí a necessidade de revisão da metodologia e dos institutos jurídicos criados para a

¹⁰⁶ LOPES, 2004, p. 205.

¹⁰⁷ LOPES, 2004, p. 230.

solução de conflitos bilaterais nos casos em que “o seu de cada um” é parte de um bem comum, transindividual e indivisível.

Os recursos disponíveis no SUS, que incluem unidades básicas de saúde, hospitais, serviços de apoio diagnóstico, transporte sanitário, medicamentos, recursos humanos, etc., constituem bem comum, transindividual e indivisível, cujo acesso deve ser regulado conforme regras de equidade.

As principais teorias filosóficas contemporâneas a respeito da Justiça se orientam pelo paradigma distributivo. John Rawls concebe a justiça como provedora de parâmetros que permitam atribuir valor aos aspectos distributivos da justiça social. Entende que o objeto primário da justiça é aquilo que denomina de “estrutura básica da sociedade”, ou seja, a forma como são distribuídos direitos e deveres fundamentais e os critérios de distribuição de “vantagens provenientes da cooperação social”¹⁰⁸.

Caminhando à esquerda, os socialistas sustentam que a diferença essencial entre a justiça socialista e a justiça liberal capitalista radica nos princípios de distribuição. Michael Walzer e Iris Marion Young colocam foco nas estruturas e processos sociais que produzem distribuições, antes que nas distribuições mesmas. Assim, as teorias contemporâneas da justiça consideram de forma prioritária, de uma maneira ou outra, a distribuição em si ou os processos sociais que resultam em distribuição dos bens.

Após revisar importantes teóricos, Iris Marión Young assinala que a discussão sobre justiça permanece, de forma geral, restrita à distribuição de bens e recursos materiais; à distribuição da riqueza e da renda, e pugna pela expansão da concepção de distribuição citando exemplo de comunidades que se mobilizaram contra a legislação que permitia a instalação de estação de tratamento de resíduos sem a prévia oitiva do grupo afetado; de cidadãos que se mobilizaram contra o fechamento de uma indústria, geradora de empregos, apontando abuso do poder econômico privado e negando, a este, o direito de decidir liquidar a economia local. Tais situações, conclui, não dizem respeito somente à justiça das distribuições materiais; questionam a justiça do exercício do poder e dos procedimentos adotados em processos decisórios que atingem o interesse coletivo ¹⁰⁹.

Walzer questiona a posição de John Raws que, ao propor sua “justiça como equidade”, toma como ponto de partida a “posição original de igualdade” supondo que as pessoas responsáveis pela definição do contrato social devem fazê-lo em situação de ignorância em

¹⁰⁸ RAWLS, 2002, p. 7.

¹⁰⁹ YOUNG, 1999, p. 38.

relação aos papéis que assumirão com a implantação da nova ordem. Para o comunitarista, teórico da igualdade complexa, vivemos em um mundo de múltiplas culturas particulares, controvérsias, recursos escassos, necessidades enganosas, situação que torna inviável a busca de fórmulas universais. Assim, o contrato social deve ser permanentemente revisto e a justiça de suas prescrições será maior na medida em que se ampliar o número dos participantes do debate em torno do significado social dos bens distribuídos socialmente.

Eis, então, uma definição mais precisa do contrato social: é o acordo de redistribuir os recursos dos membros segundo alguma definição consensual de suas necessidades, sujeito a constantes determinações políticas em suas minúcias. O contrato é um vínculo moral. Liga os fortes aos fracos, os afortunados aos desafortunados, os ricos aos pobres, criando uma união que transcende todas as diferenças de interesses, cuja força provém da história, da cultura, da religião, da língua etc. As discussões acerca da provisão comunitária são, no nível mais profundo, interpretações dessa união. Quanto mais unida e abrangente, maior é o reconhecimento das necessidades, maior é o número de bens transportados para a esfera da segurança e do bem estar social.¹¹⁰

Sob a ótica distributiva, a crítica à judicialização da saúde, concretizada pela massificação das demandas individuais, ampara-se na constatação de que, quando uma pessoa ou um grupo desfruta de um direito de forma a excluir sistematicamente a outros, desvirtua-se o próprio direito, qualificando-se o abuso ou o privilégio¹¹¹. Uma das formas de se evitar o abuso é o estímulo à invenção do direito coletivo, com a utilização de metodologias que promovam a abertura dos processos culturais. Quanto maior a participação, a exposição de necessidades e pontos de vista, a identificação dos interesses de cada um dos actantes, mais justa será a distribuição.

O preâmbulo da Constituição brasileira destaca “a igualdade” e suas garantias entre os valores supremos da sociedade, ao lado dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento e da justiça. Logo adiante, ao definir os objetivos fundamentais da República, fica claro o reconhecimento das desigualdades “sociais e regionais” e das situações de discriminação, especialmente as de origem, raça, sexo, cor e idade. A partir desses dispositivos, é possível construir critérios gerais para a busca da equidade, e da equidade em saúde.

É o que encontramos no Estatuto da Igualdade Racial (Lei n.º 12.288, de 2010), no qual se declara o “direito à saúde da população negra” e sua garantia “mediante políticas universais, sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e de outros

¹¹⁰ WALZER, 2003, p.

¹¹¹ HERRERA FLORES, 2005b, p. 66.

agravos”, e na Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006), que garante assistência especial à mulher em situação de violência doméstica e familiar. A busca da igualdade material de todos exige o permanente reconhecimento da diferença e a criação de critérios para discriminação positiva.

Apesar de sua importância para a elaboração e a execução das políticas públicas, a equidade em saúde enfrenta várias objeções que partem tanto de argumentos empíricos quanto de argumentos conceituais. Na judicialização da saúde, cuja evolução tem suscitado a oportunidade para o debate do tema, a discussão em torno das consequências coletivas da ação individual tem sido frequente. Nos pedidos de intervenção cirúrgica visando ao transplante de órgãos, por exemplo, uma das discussões frequentes tem origem na escassez e na consequente organização de uma fila para atendimento. Questiona-se a justiça da decisão que fura a fila.

A título de exemplo, vamos imaginar a situação de um adolescente que demanda ordem judicial para que o plano de saúde lhe ofereça uma cirurgia bariátrica e o tratamento pós-operatório, por ser portador de obesidade mórbida. Todavia, pelo fato de não preencher os requisitos específicos previstos na Resolução n.º 1.942/2010, do Conselho Federal de Medicina, a realização da cirurgia lhe é negada. O juiz pode contrariar o protocolo clínico – que contém diretrizes orientadas pela equidade em saúde – e determinar a realização da cirurgia, ou não. Na primeira hipótese, será necessário refutar os argumentos do plano de saúde, discutindo a alegação de quebra da equidade.

É importante observar que, na saúde suplementar, entre 2005 e 2007, a cirurgia para redução de estômago foi o pedido de maior incidência nos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, e corresponde a 8% do total de casos julgados¹¹². Tal volume também é expressivo nas ações propostas contra o SUS. No Estado de Minas Gerais, no mesmo período, a cirurgia bariátrica foi objeto de 13% dos pedidos de cirurgia levados ao Judiciário. Com esse exemplo, podemos apreciar as objeções à equidade em saúde, testando cada uma delas como possível fundamento das decisões proferidas nos pedidos de cirurgia bariátrica.

O economista indiano Amartya Sen classifica essas objeções em quatro grupos. Para o primeiro grupo, a equidade, como princípio geral, não tem importância ética, ou, em outras palavras, a equidade não deve ser adotada como critério. Aponta especificamente os utilitaristas, que têm foco na maximização, sem se preocuparem com a distribuição. Um

¹¹² Unimed BH, 2008, p. 37.

segundo grupo de objeções tem origem na dúvida quanto à utilização de critérios distributivos quando se discute saúde individual. Para estes, o caso individual deve ser atendido independentemente das consequências coletivas daquela ação. Depois, em racionalidade diversa, arrolam-se os que opõem a noção limitada de equidade em saúde às noções amplas de equidade e justiça social, preferindo estas. Por fim, há os que consideram a equidade em saúde completamente subordinada à equidade em geral.

A primeira linha de objeções tem como fundo as posturas utilitaristas, que dão prioridade à maximização dos recursos e à agregação de utilidades, independentemente da distribuição. Uns ganham. Outros perdem. O importante é que o bolo cresça. Admitida tal objeção, a decisão deve ser favorável ao adolescente na hipótese apresentada, determinando a realização da cirurgia. Não importa que o comportamento do adolescente seja egoísta. Ele paga o plano de saúde e é natural que queira maximizar os benefícios de seu contrato, mesmo que em prejuízo de outros.

Tal noção, se criticável em outros campos, mais ainda o é em relação à saúde. É necessária a equidade em saúde porque cada pessoa é importante e merece ser considerada como tal. Aquele que está na primeira posição da fila, por critérios de equidade, não pode ser preterido por não ter apelado à via judicial. O bem-estar de um indivíduo não pode servir como compensação à doença de outro, e, de igual forma, o bem-estar de um não pode compensar a restrição que a doença impõe à capacidade do outro¹¹³.

O segundo argumento contrário à equidade em saúde é bastante comum nas demandas judiciais que envolvem assistência à saúde. De forma explícita, ou não, argumenta-se que qualquer redução da enfermidade, em qualquer pessoa, deve considerar-se importante e receber a mesma prioridade. É a ideia do “tudo para todos” ou do “pediu, levou”, bastante criticada pelos gestores e responsáveis pela regulação em saúde. Por isso, os gestores – públicos e privados – insistem nos limites impostos pela escassez de recursos e pelo contrato. O prejuízo ao interesse coletivo exige que as regras de equidade em saúde sejam bem compreendidas e aplicadas de forma a propiciar a justa distribuição das utilidades disponíveis.

O adolescente referido poderia alegar que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina são direcionadas aos médicos, e não às operadoras de planos de saúde. Ou seja, ele não discute a justiça como equidade, como norma geral. Mas nega aplicabilidade às regras do CFM. Nega a regulação. Nega a equidade em saúde. Tanto a segunda quanto a terceira linha de objeções estão presentes em volume expressivo de decisões judiciais, inclusive no STJ. A

¹¹³ SEN, 2007, p. 69.

consulta ao banco de dados de pesquisa realizada pela Escola de Saúde de Minas Gerais, em parceria com a Ministério Público do Estado de Minas Gerais, revela que 23% das decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entre 2005 e 2007 questionaram as regras de equidade em saúde sob o fundamento de que “entraves burocráticos não podem obstar a viabilidade de um direito”. No STJ, no mesmo período, 25% das decisões contêm esse discurso.

Os argumentos já expostos servem também para afastar a terceira objeção. A saúde é um campo complexo no qual a quantidade de variáveis a ponderar são bastante específicas. Amartya Sen sublinha que a saúde é essencial ao bem-estar e que as liberdades e possibilidades que somos capazes de exercer dependem de nosso estado de saúde. A doença reduz nossa capacidade de trabalhar, de aprender, de usufruir de outras possibilidades que a vida oferece. A saúde é fundamental para a qualidade de vida e para que cada um possa livremente exercer suas capacidades. Não basta garantir equidade no acesso aos serviços da assistência à saúde. É preciso buscar, principalmente, a equidade nos resultados das ações de saúde. Daí a necessidade de reconhecimento e validação das diferenças pessoais.

Por fim, a simples distribuição de renda ou de “bens primários”, na visão de Rawls, é insuficiente para garantir equidade em saúde. A visão restrita da distribuição de renda, da distribuição de bens primários, está presente em volume expressivo de decisões: na pesquisa mencionada, identificou-se que 42% das decisões no Tribunal de Justiça de Minas Gerais e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul indicam, como razão de decidir, a circunstância de que “o requerente não possui condições econômicas para arcar com os custos do pedido”. No STJ, o enfoque material da justiça distributiva encontra-se em 22% das decisões. Tal ênfase revela a visão restrita da equidade, então verificada nas decisões dos Tribunais estaduais, limitada à verificação da capacidade econômica de quem pede.

A complexidade dos fatores condicionantes da saúde exige um enfoque particular e ampliado na compreensão da equidade em saúde. No Brasil, a Lei Orgânica da Saúde aponta, em seu art. 3º, alguns elementos que podem ser utilizados para a configuração de critérios gerais de equidade em saúde.

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

No caso concreto, é sempre necessário verificar as deficiências pessoais, os riscos epidemiológicos da região, o clima, as condições de trabalho, etc., além das diferenças

decorrentes de situação social, sexo, etnia e, em alguns casos, faixa etária. Em resumo, a equidade em saúde faz parte de um quadro mais amplo, da equidade em geral, mas exige uma disciplina particular que leve em consideração as complexas causas da desigualdade em saúde.

No exame dos casos, o grande desafio é conciliar interesses individuais e coletivos nas situações em que é necessária a ponderação da equidade em saúde. As filas, os protocolos de acesso, a definição do rol de cobertura na saúde pública e na saúde suplementar exigem maior atenção ao contexto. São as situações em que mais claramente se observa a litigiosidade interna que caracteriza os interesses coletivos.

Joaquín Herrera Flores propõe três eixos de reflexão em torno da dialética igualdade-diferença: 1) repensar, internamente, o princípio jurídico da igualdade; 2) definir que tipos de discriminação são relevantes e que procedimentos devem ser adotados para evitá-los; 3) identificar as ações que, tanto no debate jurídico quanto além deles, sejam necessárias para que se implementem as ações de antidiscriminação propostas.

Voltando ao caso hipotético, do adolescente que deseja submeter-se à cirurgia bariátrica, o exame do contexto ampliado nos leva a considerar que a obesidade é um dos mais graves problemas de saúde em quase todos os países do mundo. Se, por um lado, a desnutrição atinge 4% dos adultos e 5,7% das crianças brasileiras, estima-se que a obesidade é o problema de 3% da população e a obesidade classe III, ou mórbida, atinge 0,7% da população urbana. A obesidade, e as doenças a ela relacionadas, estão na lista das dez doenças mais mortais do planeta. De acordo com a OMS, a mortalidade média entre os obesos mórbidos chega a 45% ao ano.

O tratamento cirúrgico chamado cirurgia bariátrica tem como objetivo diminuir a entrada de alimentos no tubo digestivo, diminuir sua absorção, ou ambos. Trata-se, porém, de um procedimento de elevado risco, motivo pelo qual o Conselho Federal de Medicina editou normas seguras para o tratamento cirúrgico nas quais define indicações, procedimentos aceitos e equipe. Entre outros requisitos, exige-se a compreensão dos riscos e compromisso com o tratamento pós-operatório, que deve ser mantido por toda a vida.

Assim, a decisão do caso suscita dúvidas, que mereceriam investigação. Questiona-se a maturidade de um jovem de dezessete anos, que não estaria suficientemente informado, aconselhado, preparado para a redução extrema do seu estômago. Questiona-se sua capacidade para compreender a informação de que, depois da cirurgia, e durante toda a vida, deverá submeter-se a regime de restrição extrema de alimentos e dependerá de medicação psiquiátrica, provavelmente para sempre.

No exame do caso concreto, os três eixos propostos por Joaquín Herrera Flores podem ser assim ponderados: 1) o princípio jurídico da igualdade foi repensado a partir das circunstâncias que envolvem a obesidade mórbida como problema de saúde pública e os riscos do procedimento cirúrgico; 2) as condições impostas pela Resolução do CFM merecem reconhecimento e validação; 3) a discriminação em razão da idade está plenamente justificada em face dos riscos apresentados pelo procedimento cirúrgico e pela necessária capacidade pessoal para a emissão de consentimento livre e esclarecido – afinal, sabe-se, o compromisso com o pós-operatório é para toda a vida, e muito grave. Por fim, não se identificam, no caso, situações de discriminação proibida, tais como as que se dão em razão de etnia ou opção sexual.

I.2.2 Perspectiva biocêntrica da teoria geral do direito coletivo

Além do aspecto distributivo, associado à busca de equidade, a invenção do direito coletivo à saúde requer a superação do imaginário antropocêntrico e individualista – que condiciona a investigação, a interpretação e a intervenção nas relações complexas e dinâmicas. Daí a necessidade de sua compreensão no bojo de uma teoria geral do direito coletivo na qual as relações do indivíduo consigo mesmo, com os outros e com o meio ambiente se coloquem em posições equivalentes, de cooperação, afastando a visão hierarquizada do paradigma que separa sujeito e objeto.

Restrita a atuação dos Tribunais aos conflitos pertinentes à justiça comutativa, é significativo que a dogmática e a jurisprudência, assim como o ensino jurídico praticado nos últimos séculos, oriente-se por uma visão calcada no indivíduo, como sujeito de direito. As figuras correlatas do devedor e do credor, associadas às noções de obrigação e do correspondente direito subjetivo, são o paradigma do jurista que, alfabetizado com o Código Civil, identifica na parte geral as pessoas (sujeito de direito), o objeto do direito (bens) e os correspondentes vínculos (atos lícitos e ilícitos, negócios jurídicos).

O paradigma individualista é forte. E as noções de direito e interesse coletivo não foram ainda sedimentadas na doutrina e na jurisprudência. A dúvida começa com a própria caracterização do direito coletivo, que a legislação brasileira classificou como difuso, coletivo e individual homogêneo, passa por discussão em relação aos sujeitos e instituições legitimados para sua tutela e, o que é mais importante, a definição de seu objeto nos casos concretos. Para além da batalha teórica em torno da natureza desses interesses e direitos, é importante que se possa identificar, no bojo de processos culturais, sujeito e objeto passíveis

de tutela coletiva. Em outras palavras: inventar o direito coletivo.

Além da força do paradigma, que teima em atomizar as relações, reproduzindo o princípio da redução – “segundo o qual o conhecimento das unidades elementares permite conhecer os conjuntos dos quais elas são os componentes”¹¹⁴ –, os obstáculos à implementação do direito em moldes coletivos decorre de seu caráter político: as questões distributivas tocam interesses poderosos e, conforme já assinalado, as ações comprometidas com a emancipação, devidamente documentadas, expõem as desigualdades, descortinam as controvérsias que desestabilizam posições dominantes e visam ao aperfeiçoamento de metodologias comprometidas com a transformação social. Gregório Assagra de Almeida assinala a necessidade de “construção de novos modelos explicativos” para que as conquistas que resultaram de séculos e séculos de luta não sejam bloqueadas pela ideologia neoliberal expressa nas privatizações e na restrição aos investimentos públicos em políticas sociais.

O Direito Coletivo é direito de dimensão massificada. A sua proteção e efetivação incomoda tanto o poder político, quanto o poder econômico. A tutela do Direito Coletivo é potencializada e tem o condão de beneficiar, por força de um único processo coletivo, milhares ou milhões de pessoas indeterminadas ou indetermináveis, o que provoca forte resistência do poder econômico e do poder político, este, em grande parte, vinculado ao poderio econômico.¹¹⁵

As indústrias concorrem entre si. Todavia, estão unidas, em sindicatos e federações, na defesa de seus interesses. Os hospitais estão permanentemente reclamando aportes financeiros e cobrando reajustes de preços, mas, da mesma forma, contam com eficientes associações na defesa de seus interesses. Administradoras de planos de saúde cooperam entre si, articulando-se em diversas instâncias (Federação de Unimeds, UNIDAS - União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde, etc.). Gestores públicos, secretários estaduais e municipais de saúde igualmente atuam de forma colegiada, orientados e assessorados por especialistas.

Do outro lado, usuários do sistema público e consumidores vinculados a administradoras de planos privados de assistência à saúde permanecem desorganizados. As poucas associações que os representam carecem de fortalecimento para que possam representar, de fato, um contrapoder, capaz de fazer valer seus interesses.

Os grupos têm sido tratados, desde sempre, como situações de exceção, porém adquirem agora relevância institucional; interessam como problema da organização social. Ocupa um primeiro plano seu papel como contrapoderes sociais, isto é, como modo de organizar o indivíduo isolado em torno de um determinado interesse supra-

¹¹⁴ MORIN, 2010, p. 560.

¹¹⁵ ALMEIDA, 2008, 576.

individual ou difuso, a fim de lograr um poder para contrabalancear o que tem as grandes organizações que representam a outros interesses. Esta é a idéia que sustenta a criação dos partidos políticos, sindicatos, das associações de consumidores, de defesa de direitos humanos, do meio ambiente.¹¹⁶

A tutela judicial dos interesses difusos e coletivos no Brasil é recente e encontra-se ligada à mudança do perfil institucional do Ministério Público. A chamada lei da "ação civil pública" (Lei n.º 7.347/1985) é responsável pela introdução, no direito positivo brasileiro, da denominação "interesse difuso" já, então, consagrada pela doutrina. Desde meados da década de 1980, com a aplicação da lei, a doutrina e a jurisprudência passaram a ocupar-se desses interesses, buscando diferenciá-los. Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990), passamos a ter conceitos legais definindo o que são interesses difusos e coletivos. Além disso, com a introdução de uma nova categoria – os "interesses individuais homogêneos" – o processo civil coletivo pode agora ser utilizado para a reparação de danos individualmente sofridos.

Todavia, conforme aponta José Reinaldo de Lima Lopes, a chegada ao Judiciário das questões envolvendo direitos sociais tem sido fortemente influenciada por interesses da classe média. Em estudos sobre as ações envolvendo os direitos à saúde e à educação, o pesquisador demonstra que, entre 1989 e 1996, preponderaram ações movidas em face de planos de saúde e escolas privadas, perfil que se modifica no período seguinte (1996-2003) quando, de quatorze decisões identificadas no TJSP, apenas quatro se referiam a planos privados de saúde (70% de ações relativas ao SUS)¹¹⁷.

O exame da jurisprudência revela que o direito à saúde tem sido apreciado preponderantemente sob perspectiva individual, em prejuízo da universalização do acesso determinada pela Constituição. Questiona-se, portanto, a possibilidade de reconhecer e tutelar o direito à saúde sob a perspectiva coletiva. A resposta a tal pergunta exige uma breve reflexão a respeito dos interesses coletivos.

A primeira distinção a ser feita é entre interesses individuais e interesses coletivos. Nosso direito, que tutelava apenas os primeiros, só recentemente passou a dedicar-se às questões supraindividuais ou metaindividuais. O interesse ou direito individual é aquele que claramente se liga a determinada pessoa. É o direito subjetivo, o interesse relacionado a um indivíduo. Já o interesse coletivo relaciona-se a bens coletivos e à coletividade ou grupo de pessoas. Ao estudá-lo, a doutrina criou uma série de classificações, e o legislador, no Código

¹¹⁶ LORENZETTI, 1998, p. 177.

¹¹⁷ LOPES, 2006, p. 242.

de Defesa do Consumidor, dividiu-os em difusos e coletivos. E mais: resolveu tratar como coletivos os interesses individuais decorrentes de origem comum, denominando-os "individuais homogêneos". Kazuo Watanabe diz que os primeiros são "essencialmente coletivos" (art. 81, parágrafo único, incisos I e II) e os interesses individuais homogêneos são "de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados"¹¹⁸.

A categoria em relação à qual o direito coletivo se diferencia é o direito subjetivo individual, em sua conformação clássica. A relação entre credor e devedor e seu objeto.

A relação jurídica, no campo do direito privado, pode caracterizar-se, precisamente, como uma relação que o direito objetivo estabelece entre uma pessoa e outra pessoa, na medida em que confere a uma um poder e impõe à outra um vínculo correspondente. Ao mesmo tempo que se diferencia numa grande variedade de tipos, ela constitui a espécie saliente, e mais completamente desenvolvida, do gênero "situação jurídica", e exprime, com a bilateralidade que lhe é própria, a correlação necessária que ocorre entre poder e vínculo, entre posição ativa e posição passiva.¹¹⁹

Questão polêmica, a propósito, é a utilização da expressão “direito subjetivo” quando a situação jurídica examinada envolve interesse coletivo ou difuso. A fim de evitar interpretações problemáticas, o legislador optou por não tomar partido no debate doutrinário e utilizou as expressões “direitos ou interesses difusos” e “direitos ou interesses coletivos”, na Lei n.º 8.078/1990¹²⁰, sugerindo uso comum. Gregório Assagra, acompanhando corrente doutrinária que propõe revisão do conceito de direito subjetivo, entende que a Constituição da República Federativa do Brasil definiu a questão¹²¹ ao apresentar, no rol dos direitos fundamentais, “direitos e deveres individuais e coletivos”¹²².

De qualquer forma, o debate doutrinário se limita à extensão dos conceitos. A utilização das expressões “direito coletivo subjetivo” e “direito difuso subjetivo” só é possível com a revisão do conceito de direito subjetivo, que, por sua vez, não é pacífico. As conhecidas teoria da vontade (Savigny, Otto Von Gierke e Windscheid, principalmente), teoria do interesse (Von Ihering) e teoria mista (George Jellinek) são contrapostas por Hans Kelsen e Leon Duguit, que lhes “contestam a existência ou pedem a revisão do seu significado originário ou a sua redução a uma categoria técnica”¹²³.

Conquanto seja polêmico o conceito, e a lei tenha superado a controvérsia com a referência dúplex – direitos e interesses – é conveniente que seja fixada uma definição de

¹¹⁸ WATANABE, 1992, p. 225.

¹¹⁹ BETTI, 1969, Tomo I, p. 26.

¹²⁰ Artigo 81, Parágrafo Único, incisos I e II.

¹²¹ ALMEIDA, 2008, p. 373.

¹²² Título II, Capítulo I.

¹²³ AMARAL, 2003, p. 190.

direito subjetivo. Assim, adota-se aqui a proposta do ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em trabalho doutrinário no qual se identificam direitos subjetivos decorrentes do texto constitucional:

Singularizam o direito subjetivo, distinguindo-o de outras posições jurídicas, a presença, cumulada, das seguintes características: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico; b) ele é violável, ou seja, existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever; c) a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular um meio jurídico – que é a ação judicial – para exigir-lhe o cumprimento, deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado.¹²⁴

Enquanto no direito individual a relação jurídica se estabelece entre uma pessoa e outra pessoa – o “que implica um poder, de um lado, e de outro, um dever”¹²⁵ – no conflito coletivo a titularidade do “direito coletivo subjetivo” se amplia, de forma coerente com a necessidade de proteção dos bens coletivos e dos grupos.

A literalidade dos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no CDC provoca, além da discussão em torno do conceito de direito subjetivo, a necessidade de interpretação do termo “pessoa”, repetido nos três incisos do parágrafo único ao art. 81, o que supõe revisão de outro tradicional instituto da teoria geral do direito civil: a pessoa. Nos três conceitos, figura a palavra “pessoa”, circunstância que induz a leitura restritiva, que opõe pessoas (sujeito de direito) e bens (objeto do direito). A força deste paradigma tem a dimensão de sua posição topográfica na Parte Geral do Código Civil brasileiro, que os utiliza para designar dois livros distintos, o Livro I, Das Pessoas, e o Livro II, Dos Bens.

Por mais que a intenção da tutela coletiva esteja expressa nas características da transindividualidade e da indivisibilidade, a repetição do vocábulo “pessoa” funciona como uma âncora, que retém a nau dos direitos coletivos atrelada ao porto da Teoria Geral, cuja tradição individualista permanece culturalmente forte, mesmo com o fortalecimento de institutos como a função social do contrato e da propriedade, a boa-fé e o abuso de direitos, entre outros.

A interpretação da palavra “pessoa” nos conceitos de direitos coletivos exige uma ruptura epistemológica com a Teoria Geral do Direito Civil, sob pena de inviabilizar-se a expansão da tutela coletiva de direitos. Senão, o campo de aplicação ficaria restrito ao interesse da pessoa natural, expressão usada para designar os seres humanos – antropocêntrica, portanto –, a pessoa física, conforme assentado na legislação tributária, e a

¹²⁴ BARROSO, 2009, p. 100.

¹²⁵ SERPA LOPES, 1989, p. 187.

pessoa jurídica, ficções legais que atribuem personalidade a formas associativas e acervos patrimoniais.

Também o desenvolvimento crescente do direito ambiental suscita reflexões sobre a incompatibilidade da interpretação que restringe à pessoa natural, física ou jurídica, a tutela coletiva. Antonio Herman Benjamin classifica as várias posições doutrinárias em três grupos: antropocentrismo, antropocentrismo intergeracional e não antropocentrismo. A perspectiva hierarquizada, que coloca o homem no centro, caracteriza o antropocentrismo. Depois, sem admitir que a natureza possa figurar como titular de direitos, arrolam-se doutrinas nas quais o reconhecimento de obrigações do presente para com os seres humanos do futuro mitiga o extremismo da visão anterior. O pensamento não antropocêntrico se desenvolve em várias correntes: biocentrismo (não agressão à vida, nas suas variadas formas), ecocentrismo, ou holismo (equipara homem e natureza) e ecofeminismo (a dominação da natureza é apenas uma das muitas manifestações da opressão machista), entre outras.

Segundo Gregório Assagra de Almeida – que sustenta a interpretação sustentável do direito coletivo como base para uma teoria geral da cidadania coletiva solidarista, do tipo biocêntrico (ou biocêntrica?) – a consideração de todas as formas de vida, seus valores e suas necessidades é determinante para a criação do imaginário propício à invenção do direito coletivo ¹²⁶. A fundamentação une a consciência intergeracional e a visão biocêntrica.

Embora o biocentrismo defenda que o homem tem deveres diante da natureza e ela é sujeito de direitos, o ponto de partida é o valor do ser vivo e não os seus direitos. Os direitos seriam uma consequência lógica ao se reconhecer o valor intrínseco de cada ser vivo. O direito é uma criação humana sociocultural e não há como atribuir direitos se não há reconhecimento de valores a serem tutelados. A sociedade biocêntrica reconhece esse valor intrínseco e lhe atribui direitos possíveis para evitar situações de risco a qualquer forma de vida e não somente a vida humana. O biocentrismo nega graduações no que se refere à importância dos seres vivos. Há uma visão holística da vida nessa vertente ideológica ambiental. O homem, para o biocentrismo, não é pensado ao lado ou ao redor da natureza, é visto dentro dela. Faz parte do meio ambiente. Integram-se. Uma vida dependendo de outra.¹²⁷

Portanto, quando inserida nos conceitos de direitos coletivos, a expressão “pessoa” designa apenas o titular do direito, que pode ser um elemento da natureza, um ente despersonalizado, uma instituição ou a expressão de um valor. São conhecidas as construções teóricas que inserem a figura humana em todas as relações qualificadas como jurídicas, as quais somente se desenvolveram por força do modelo antropocêntrico. A adoção do paradigma biocêntrico torna desnecessário tal esforço argumentativo, porque permite que

¹²⁶ ALMEIDA, 2008, p. 594.

¹²⁷ NOGUEIRA, 2012, p. 48.

sejam reconhecidos direitos a animais e plantas, conjuntos arquitetônicos, formas de expressão, modos de fazer, criar e viver, políticas públicas, etc.

Em interpretação sistemática, o dispositivo legal que apresenta o conceito de direitos difusos (art. 81, parágrafo único, I, do CDC), em harmonia com aquele que designa os elementos determinantes e condicionantes da saúde (art. 3º da Lei n.º 8.080/1990), permite que sejam vistos como titulares de direito à proteção coletiva a segurança alimentar, a qualidade da água e do ar, a mobilidade, a cidade saudável. Desnecessário recorrer à figura humana para justificar a ação protetiva.

O critério para a designação da titularidade passa a ser, na visão biocêntrica, a possibilidade de dano ou o dano em si. Se a qualidade da água se encontra em risco, a proteção dos recursos hídricos decorre desse fato, e figura como titular da proteção. Poluição causa dano à cidade saudável. Sonegar leitos hospitalares vendidos ao SUS causa dano à política de regulação assistencial. Descumprir, de forma sistemática, a carga horária de trabalho prevista para atuação do médico na equipe multidisciplinar provoca dano ao Programa Saúde da Família.

A transindividualidade e a indivisibilidade, a princípio, pode ser pensada de forma vinculada à concepção tradicional de pessoa. Todavia, para a invenção do direito coletivo sob o paradigma biocêntrico, a melhor interpretação é a que rompe com as amarras ideológicas para admitir e compreender a titularidade ativa da forma mais ampla.

Afastada a redução antropocêntrica dos conceitos de direitos coletivos, e ponderada a conveniência de maior incorporação dos paradigmas da decisão judicial nas ações de proteção ao direito coletivo à saúde, tudo com o objetivo de garantir o respeito aos valores da liberdade, da igualdade e da proteção ambiental, é hora de revisitar a noção de “relação de consumo” e reinterpretar o conceito de consumidor em harmonia com tais premissas.

A rigor, a postura biocêntrica sugere ser preferível a expressão “direito das relações de consumo”, utilizada em vários países, à fórmula “direito do consumidor”, consagrada no Brasil, a qual, embora tenha se justificado para enfatizar a proteção a um dos sujeitos da relação, distorce negativamente alguns aspectos da justiça, ofuscados pela orientação protetiva. Útil, e eficiente, nos primórdios da implementação do CDC, a estratégia do legislador produziu também efeitos negativos, entre os quais, destaca-se novamente, a escassa mobilização em relação aos problemas de acesso ao consumo.

Outra externalidade negativa, que pode ser atribuída também ao viés protetivo da expressão “direito do consumidor”, é a obstrução da tutela coletiva. Somada à pródiga utilização do termo “pessoa” nos conceitos de direitos coletivos, a palavra “consumidor”

remete ao indivíduo, ao direito subjetivo individual, dificultando a criação de um imaginário que contemple a dimensão coletiva do consumidor. A designação “relação de consumo” coloca em destaque o vínculo, o aspecto relacional, e permite que sejam ponderadas as consequências coletivas das ações individuais.

Não se negam as qualidades da escola subjetiva, e sua orientação protetiva, que desenvolveu suas várias correntes a partir da interpretação do art. 2º, *caput*, do CDC, destacando a expressão “destinatário final”, o atributo de “não profissional”, a destinação final econômica e a vulnerabilidade, para garantir maior proteção ao consumidor. Em contraposição, desenvolveu-se a escola objetiva, que força a inclusão da pessoa jurídica no conceito do consumidor.

O problema é quando o conceito geral de consumidor bloqueia o desenvolvimento das noções paralelas, de consumidor equiparado, e dificulta sua expansão por meio de ações coletivas. Ansiosos por garantir a máxima proteção ao consumidor, os partidários da corrente finalista (escola subjetiva) sustentaram por muitos anos o debate com os maximalistas (escola objetiva), impedindo a evolução do conceito – e da própria proteção do consumidor, em última análise –, especialmente sua tutela coletiva.

Observa-se que o individualismo é esquizofrênico porque divide o problema individual do problema público, quando na realidade são questões inseparáveis. Não é possível pensar juridicamente em um indivíduo isolado, mas em um indivíduo situado, ou seja, que convive com outros e que necessita do cuidado para certos bens comuns. Qualquer decisão jurídica para ser adotada, deve ter em consideração esse aspecto, o que dá causa a uma tensão com concepções consolidadas, a neutralidade e a autonomia.¹²⁸

O ponto de partida é o conceito de consumidor, que se assenta em um enunciado geral – consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final –, e três figuras de consumidor equiparado: a coletividade, as vítimas de acidentes de consumo e as pessoas expostas às práticas comerciais.

Para ampliação da tutela coletiva sob a ótica biocêntrica, todos esses conceitos ganham nova interpretação, afastando-se da tradicional noção de “pessoa” e de sujeito de direitos. Também no art. 2º, como já observado em relação ao art. 81, parágrafo único, o termo pessoa é problemático. Somente depois de incinerados todos os resquícios da interpretação individualista inspirada na Parte Geral do Código Civil se torna possível a invenção do direito coletivo do consumidor. No corpo do CDC, a interpretação aqui proposta

¹²⁸ LORENZETTI, 2011, p. 306.

decorre da interpretação sistemática dos conceitos de consumidor – geral e equiparados – em harmonia com o disposto na disciplina da publicidade abusiva:

Art. 37. [...] § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Com a autoridade de coautor dos anteprojetos que deram origem ao CDC, O Ministro Antonio Herman Benjamin destaca que o regramento da publicidade abusiva no Brasil constitui inovação, no contexto do direito do consumidor comparado, por carrear a ideia de exploração ou opressão e permitir que se vá além, com a tutela de outros valores¹²⁹.

Subordinar a interpretação da comunicação discriminatória a conceitos restritos de consumidor reduziria completamente o alcance do dispositivo, além de violar o disposto no art. 3º da Constituição, que inclui a superação de todas as formas de discriminação entre os objetivos da República. A superação das leituras antropocêntricas facilita o combate à discriminação na medida em que permite que sejam tutelados, como sujeito de direito, a figura da mulher, a identidade étnica, sexual e territorial, os valores ambientais, etc., sem a necessidade do recurso a malabarismos interpretativos para tudo se encaixar no modelo estreito de relação jurídica da velha teoria geral.

O sujeito da proteção, na relação de consumo, transcende a figura do consumidor. Utilizando o mesmo critério proposto para a revisão dos conceitos de direitos coletivos, a visão bilateral cede lugar a uma visão estrutural e a titularidade do direito passa a ter origem no dano – ou no risco de dano – decorrente de relação de consumo.

Os postulados das correntes subjetiva e objetiva, e a jurisprudência que produziram, não são descartados. A nova interpretação se presta à tutela coletiva, à luz do paradigma ambiental, para permitir que os bens coletivos, quando sofrem dano, sejam equiparados a consumidor, para fins de tutela.

Para as posições finalistas, a nova interpretação conduz à inclusão de novos entes despersonalizados, os bens coletivos, como titulares do direito do consumidor. O discurso que nega a proteção especial à pessoa jurídica não é incompatível com o biocentrismo. De igual modo, também os maximalistas podem manter suas posições. Ambos, porém, devem rever sua compreensão do campo de aplicação do direito do consumidor para admitir que o dano faz nascer o direito de um bem coletivo desprovido de personalidade jurídica.

¹²⁹ BENJAMIN, 2008, p. 208.

Neste ponto, nosso imaginário deve abrir-se à superação da disjunção sujeito-objeto, admitindo que os bens e valores possam figurar como sujeitos de direito. O CDC já deu um passo importante para distanciar-se da teoria geral ao definir, como objeto da relação de consumo, os produtos e serviços. Embora seja tradicional a interpretação dos conceitos de produto e serviço a partir da teoria geral dos bens, nada impede que, na perspectiva biocêntrica, os bens coletivos sejam vistos com o *status* de sujeito.

O exercício de abstração necessário para que o bem coletivo se transforme em titular da relação jurídica não é estranho ao jurista que lida com direitos de personalidade e a aparente confusão entre sujeito e objeto. No direito de personalidade, o titular do direito subjetivo é a pessoa, enquanto seu objeto são os vários aspectos da pessoa que, não se confundindo com a pessoa em si, gozam de proteção jurídica – assim, entre outros, o direito à vida, à integridade corporal e à integridade psíquica.

Já no Direito Romano se afirmava que ninguém é dono, proprietário, de si próprio. Apesar disso, a técnica legislativa referiu-se simplesmente à “pessoa” ou à “ofensa à pessoa” ao tratar do direito à vida, do direito ao corpo ou do direito à integridade física. A ofensa, porém, atinge na verdade o corpo ou a integridade (física ou psíquica), e não a própria pessoa. Não se pode confundir a noção de pessoa com os seus principais atributos (vida, saúde, intimidade, etc.)

O mesmo raciocínio vale para os bens coletivos, quando colocados na posição de sujeito de direito. O bem coletivo é o sujeito de direito cujo objeto serão os atributos deste mesmo bem coletivo, alvo da proteção jurídica. Nesse sentido, a água (recursos hídricos, em sentido amplo) figura como sujeito de direito. O objeto desse direito serão os atributos da água: sua pureza, sua potabilidade, sua disponibilidade, etc. O dano pode atingir diretamente a coletividade de pessoas, quando incidente na rede de distribuição, ou no ambiente natural.

Um plano de saúde, enquanto bem coletivo, também será visto como sujeito de direito nas situações em que ocorrer dano ou risco de dano a suas características essenciais: sinalagma, equilíbrio atuarial, estabilidade da rede de fornecedores, etc. O mesmo raciocínio vale para outros bens coletivos: o conjunto arquitetônico dotado de valor cultural é um sujeito de direito cujo objeto serão sua integridade, nome, disponibilidade pública, etc. O critério para definir um bem coletivo como sujeito é o dano, ou risco de dano, o qual sempre incidirá sobre um de seus atributos. Dessa forma, torna-se desnecessário qualquer esforço de interpretação visando à identificação de pessoas ou coletividades lesadas.

Uma visão alternativa, que busca semelhantes resultados, é apresentada por Paulo Valério Dal Pai Moraes, o qual resolve o problema com a exposição da macrorrelação

ambiental de consumo. A preocupação com a sustentabilidade e o diálogo entre a proteção do consumidor facilita o diagnóstico e a intervenção em situações complexas, com a visão ampliada da sustentabilidade.

[...] o princípio da sustentabilidade explica a real importância e dimensão da macrorrelação ambiental de consumo, quando tal relação, vínculo – conceitos antes desenvolvidos –, é considerada não somente no âmbito individualista e direto do consumo *stricto sensu*, mas sim na dimensão coletiva, difusa, ampla, relacional e contextual que envolve os atos de consumo e as agressões ao meio ambiente.¹³⁰

Ao menos dois pontos marcam a diferença da posição ora exposta. Primeiro, a proposta de revisão do conceito de consumidor utilizado como base para a teoria da macrorrelação ambiental de consumo. Os conceitos utilizados são bastante estritos, seguindo as visões tradicionais. Embora não enfatize o termo “pessoa”, a elaboração circula em torno do consumidor “concreto”, que atrela os conceitos de consumidor equiparado à visão individualista e antropocêntrica.

O primeiro conceito extensivo é o coletivo e concreto, previsto no parágrafo único do art. 2º do CDC [...] Também é concreto, aqui emergindo a importância do conceito *standard* de consumidor, porque são trazidos os elementos que compõem a definição *stricto sensu* de consumidor, quais sejam a aquisição ou a utilização como destinatário final – elementos estes inclusos no caput do artigo 2º do CDC.¹³¹

Como segunda definição extensiva, temos o conceito coletivo e abstrato de consumidor, insculpido no artigo 29 do CDC [...] situação em que a coletividade se encontra potencialmente na iminência de sofrer prejuízo, na medida em que ainda não houve uma efetiva intervenção na relação de consumo.¹³²

O terceiro conceito extensivo é o do *bystander* ou da vítima do acidente de consumo, incluso no art. 17 do CDC. [...] Assim, a norma do artigo 17 do CDC é aplicável a todas as situações em que tenhamos, em nível concreto ou mesmo potencial, qualquer possibilidade de lesão à incolumidade física ou psíquica de consumidores individuais ou coletivamente considerados.¹³³

A revisão que se propõe, para ampliação da tutela coletiva do consumidor, pressupõe a desqualificação do conceito concreto de consumidor devido à sua orientação antropocêntrica, desatrelando como consequência a interpretação dos dispositivos que tratam do consumidor equiparado. Assim, na posição do consumidor equiparado, podemos incluir entes despersonalizados e bens coletivos, como titulares do direito.

Em segundo lugar, a relativização do paradigma protetivo nas relações de consumo é outra importante diferença entre a interpretação biocêntrica, ora proposta, e a idealizada

¹³⁰ MORAES, 2013, p. 104.

¹³¹ MORAES, 2013, p. 101.

¹³² MORAIS, 2013, p. 102.

¹³³ MORAES, 2013, p. 105.

macrorrelação ambiental de consumo. Os conceitos individualistas de consumidor são compatíveis com a importante especulação em torno das várias vulnerabilidades e dos casos de hipervulnerabilidade do consumidor, características da primeira etapa de implementação do CDC. Os excessos dados à dimensão protetiva causaram várias distorções e, no limite, constituem obstáculo à emancipação do consumidor, ao pleno desenvolvimento de suas capacidades, à mobilização pessoal e coletiva por meio de associações de consumidores. Enquanto os Procons, Defensorias Públicas, Ministério Público e outras instituições públicas e privadas atuarem movidas unicamente pela ótica protetiva, a acomodação do consumidor invisibiliza os conflitos e retarda os processos de luta contra a opressão e os abusos.

A macrorrelação ambiental de consumo situa as externalidades negativas da relação de consumo fora do campo de aplicação do direito do consumidor, definido pelos conceitos adotados a partir das interpretações tradicionais. Na perspectiva biocêntrica, aliada à busca pela efetiva tutela coletiva de direitos, não se justifica a manutenção de fronteiras entre a proteção do consumidor e a vida digna, valor que transcende o direito ambiental e o direito das relações de consumo, para fomentar a compreensão de externalidades negativas que afetam a criança, a mulher, o idoso, o portador de deficiências, o homossexual, o negro, o índio, o cigano, etc.

Apesar das diferenças, a concepção da macrorrelação ambiental de consumo é uma excelente alternativa à visão tradicional, que resiste à visão holística dos problemas. Romper com a visão antropocêntrica é um passo a mais, o que não retira a necessidade de substituição do foco nas relações bilaterais pela visão ampliada, da macrorrelação. Assim, todas as externalidades negativas da relação de consumo – inclusive e especialmente as ambientais – cabem na nova interpretação do conceito coletivo de consumidor, que inclui bens coletivos e entes despersonalizados como sujeito de direito.

A proposta de revisão dos conceitos de direitos coletivos – e sua repercussão no conceito de consumidor – nasce da investigação quanto às causas do parco desenvolvimento da tutela coletiva do consumidor nas últimas décadas. Uma das hipóteses é a própria dificuldade que encontramos para “pensar” ou “imaginar” direitos coletivos. Até hoje muitas escolas de direito mantêm os direitos coletivos como matérias optativas, com reduzida carga horária, transmitindo e reforçando o paradigma individualista a partir do estudo de instituições criadas para a solução de conflitos de justiça comutativa. A teoria jurídica é apresentada na forma como foi idealizada para a solução de conflitos bilaterais, não se abrindo à reflexão em torno das macrorrelações complexas da realidade contemporânea.

Modificados os paradigmas, modifica-se a interpretação. Nossa forma de pensar,

encarcerada pelo “grande paradigma do ocidente” resiste ao rompimento com a dicotomia sujeito-objeto, o que torna difícil a aceitação de propostas que tocam em pedras angulares do sistema: as pessoas e os bens. Segundo Joaquín Herrera Flores, que adota como primeira decisão a afirmação de que pensar é pensar diferente (“*pensar es pensar de outro modo*”¹³⁴), a ruptura é necessária para o aperfeiçoamento do processo de humanização. Pensar diferente é criar algo novo, valorizando positivamente aquilo que se opõe à herança tradicional na busca de soluções alternativas para problemas que condicionam nossa ação no mundo: a pobreza, a destruição ambiental, a opressão.

Edgar Morin define paradigma como um tipo de relação lógica (inclusão, conjunção, disjunção, exclusão) entre um certo número de categorias mestras. Pensamos a partir desses paradigmas, privilegiando certas relações lógicas em prejuízo de outras. O paradigma controla o discurso e, por esse motivo, exclui ou rejeita aquilo que não se submete a seus termos. O paradigma cartesiano é que impõe a separação sujeito-objeto.

Deve-se evocar aqui o “grande paradigma do Ocidente”, formulado por Descartes e imposto pelo desdobramento da história europeia a partir do século XVII. O paradigma cartesiano separa o sujeito e objeto, cada qual na sua esfera própria: a filosofia e a pesquisa reflexiva, de um lado, a ciência e a pesquisa objetiva, de outro. Essa dissociação atravessa o universo de um extremo a outro:

Sujeito/Objeto
Alma/Corpo
Espírito/Matéria
Qualidade/Quantidade
Finalidade/Causalidade
Sentimento/Razão
Liberdade/Determinismo
Existência/Essência

Trata-se certamente de um paradigma – determina os conceitos soberanos e prescreve a relação lógica: a disjunção. A não obediência a esta disjunção só pode ser clandestina, marginal, desviante. Este paradigma determina dupla visão do mundo – de fato, o desdobramento do mesmo mundo: de um lado, o mundo de objetos submetidos a observações, experimentações, manipulações; de outro lado, o mundo de sujeitos que se questionam sobre problemas de existência, de comunicação, de consciência e de destino. Assim, um paradigma pode, ao mesmo tempo, elucidar e cegar, revelar e ocultar. É no seu seio que se encontra o problema-chave do jogo da verdade e do erro.¹³⁵

Presos ao paradigma cartesiano, à limitada dicotomia sujeito-objeto, ao erro antropocêntrico, dificilmente estaremos abertos a perceber os direitos coletivos que emergem de situações complexas e dinâmicas. Se promovo uma ação visando à proteção da espécie vegetal Aroeira, árvore sob ameaça de extinção, o sujeito de direito não é uma pessoa, nem

¹³⁴ HERRERA FLORES, 2005b, p. 43.

¹³⁵ MORIN, 2000, p. 27.

uma coletividade; sujeito de direito é a espécie *Myracrodruon urundeuva*, a Aroeira do Sertão. Se promovo uma ação contra uma peça publicitária que estimula a violência contra a mulher, a titularidade não é de uma coletividade; sujeito de direito é o próprio bem protegido: respeito à diferença, não discriminação, não violência.

O paradigma sujeito-objeto obriga o intérprete a construir imaginários que incluam sempre a coletividade de pessoas como sujeito, limitando as possibilidades de tutela. Ricardo Luís Lorenzetti não propõe a ruptura com a teoria geral do direito civil. Todavia, ao expor separadamente os paradigmas, apresentando-os a partir de sua coerência interna, objeções e desdobramentos, sua proposta teórica permite o avanço, com a ruptura paradigmática. Na exposição do paradigma ambiental, o Ministro da Suprema Corte Argentina destaca o caráter antropocêntrico da teoria jurídica e diz ser “necessário mudar essa visão, evoluindo para concepções ‘geocentricas’, que tenham por sujeito a natureza”¹³⁶. Em outro ponto, ao tratar do paradigma coletivo, coloca em destaque “as relações grupais e os bens coletivos”, destacando que “a qualificação de um bem como coletivo surge de uma designação normativa objetiva, e não subjetiva”¹³⁷. A busca de uma coerência entre os dois paradigmas, extraída das assertivas destacadas, é compatível com a outorga do *status* de sujeito aos bens coletivos.

No caso específico das relações de consumo, a possibilidade de tutela coletiva será também ampliada pela abertura a novos paradigmas. O antropocentrismo amarra o intérprete ao paradigma protetivo. Sem a limitação sujeito-objeto será possível, a partir das necessidades e valores protegidos pelo CDC, trabalhar na proteção dos excluídos, ponderar situações em que a conduta individual – inclusive do consumidor – prejudica a coletividade e o meio ambiente; trabalhar na emancipação do consumidor, combatendo situações de carência de poder, fomentando a organização de consumidores e revitalizando o modelo informativo de tutela, que pressupõe um consumidor consciente; combater todas as externalidades negativas geradas pela relação de consumo, inclusive aquelas de cunho trabalhista, identificando como defeituosos os produtos obtidos com utilização de trabalho escravo e outras formas de exploração.

Como repercussão, modificada a interpretação dos conceitos de direitos coletivos, inseridos na parte processual do CDC, a repercussão é imediata em todos os demais desenvolvimentos da tutela coletiva. O direito coletivo à saúde, por força dessa interpretação, desprende-se da concepção individual de saúde e pode ser deduzido diretamente das

¹³⁶ LORENZETTI, 2011, p. 341.

¹³⁷ LORENZETTI, 2011, p. 272.

circunstâncias determinantes e condicionantes da saúde, que a Lei n.º 8.080/1990 arrola, de forma exemplificativa: a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Evidente, neste ponto, a relação entre direito coletivo à saúde e direito coletivo nas relações de consumo. As ações e serviços públicos de saúde, oferecidos pelo SUS, devem obedecer aos princípios da gratuidade, da universalidade e da integralidade. Não obstante isso, a proteção da saúde, como bem coletivo, exige intervenção no sistema de produção de alimentos, sua distribuição e processamento; na provisão de moradia, e garantia de suas condições de salubridade, o que inclui especialmente as questões de saneamento básico; a qualidade da água e do ar; o meio ambiente do trabalho, a mobilidade urbana, etc. Rompe-se, a partir da mudança paradigmática, a necessidade de fronteiras entre direito coletivo à saúde, direito ambiental, direito das relações de consumo e outros direitos coletivos.

A título de exemplo, imagine-se a assistência farmacêutica, prevista na Lei Orgânica da Saúde, como um bem coletivo, cujos inúmeros atributos são objeto de proteção jurídica. O governo brasileiro criou, em 2004, um programa chamado Farmácia Popular, que promove a dispensação de medicamentos, com financiamento público, por meio da rede privada de farmácias e drogarias comerciais e envolve toda a cadeia farmacêutica (produção/distribuição/varejo). O usuário adquire medicamentos gratuitos para hipertensão, diabetes e asma e tem subsídio para a compra de outros com uma redução de até 90% do valor de mercado. Além disso, os Estados compram grande quantidade de medicamentos essenciais e os distribuem aos Municípios, que complementam as necessidades da assistência farmacêutica local por meio da compra direta, orientada por indicadores epidemiológicos.

A política de assistência farmacêutica é objeto de crítica, inclusive pela confusão entre público e privado, com o envolvimento da rede privada de farmácias, distribuidores e indústria, mas se encontra em funcionamento há mais de dez anos, com constantes aperfeiçoamentos e ampliação de sua cobertura. Imagine-se, então, que todos esses programas sejam interrompidos a partir de uma iniciativa da União, com o corte do financiamento à Farmácia Popular e a supressão da participação logística e financeira dos Estados na provisão de medicamentos essenciais aos Municípios. A corda arrebenta pelo lado mais fraco e os Prefeitos continuarão sofrendo a pressão da população e, por via indireta, do Poder Judiciário, para manter a provisão da assistência farmacêutica.

A interrupção da execução da política de assistência farmacêutica provocaria danos em cascata, na macrorrelação que se estabelece entre o usuário e os fornecedores públicos e

privados: União, Estados e Municípios; produção, distribuição e varejo. Os danos serão massificados, em várias escalas, a partir da União, responsável primeira pelo cumprimento da Constituição e da legislação federal.

Na escala menor, as pessoas e grupos que utilizam medicamentos – inclusive os de hipertensão, diabetes e asma – se não encontrarem o produto disponível nas farmácias, baterão às portas das Secretarias Municipais de Saúde, provocando imediato impacto nas contas municipais. Por outro lado, a descentralização das compras reduz o poder dos compradores, sujeitando os prefeitos às práticas comerciais dos distribuidores de medicamentos. O Brasil tem 5.570 Municípios espalhados em 27 Estados¹³⁸. Minas Gerais é o Estado mais populoso do país e conta 20.869.101 habitantes distribuídos em 835 Municípios, dos quais 648 têm população inferior a 20.000 habitantes. No outro extremo, apenas 32 Municípios têm população superior a 100.000 habitantes¹³⁹. Tal situação torna inviável a completa descentralização das ações de saúde para os Municípios.

É fácil antever que, caso se concretizasse a hipotética interrupção da política nacional de assistência farmacêutica, os danos individuais atingiriam milhões de pessoas. À medida que se amplia a escala, na apuração de dano coletivo à assistência farmacêutica – aqui imaginada como sujeito de direito coletivo –, a investigação se estende para vários outros campos do direito coletivo: eventuais práticas abusivas dos distribuidores e indústria, com potencial incidência das normas de proteção à concorrência; improbidade administrativa, facilitada pela descentralização das compras para pequenos Municípios; favorecimento de pessoas e grupos; violação a princípios da administração pública, etc.

O direito coletivo, neste caso, deveria ser literalmente inventado, a partir da completa investigação das condutas dos agentes públicos e seus efeitos na saúde individual e coletiva de pessoas e grupos; no patrimônio público; nas relações de consumo que envolvem produtos essenciais, oferecidos pelo setor farmacêutico. Não há como reduzir a complexidade e a dinâmica da responsabilidade decorrente de uma situação como a aqui imaginada aos tipos adrede oferecidos pelo sistema de responsabilidade civil individual. O suporte fático ganharia contornos diferenciados em cada Município e as soluções jurídicas exigiriam o manejo dos paradigmas da decisão judicial, com a invenção da hipótese e da consequência a partir de elementos colhidos na investigação dos fatos.

São efeitos práticos, que sugerem a conveniência de revisão na interpretação dos

¹³⁸ IBGE, 2015.

¹³⁹ <ftp://ftp.ibge.gov.br/EstimativasdePopulacao/Estimativas2015/estimativa_dou_2015.pdf> [Acesso em: 12.09.2015](#).

conceitos e a consequente avaliação de seus desdobramentos na aplicação do direito. De qualquer forma, é importante deixar assentado que a mudança de paradigma não implica a completa rejeição do paradigma anterior, cuja utilidade deve ser reconhecida e respeitada. A abertura a um novo paradigma tem, como ponto de partida, a base teórica previamente construída, que se abre a novas interpretações. Assim, não se descarta nenhum avanço decorrente da tradicional interpretação dos conceitos de direitos coletivos e do próprio conceito de consumidor. Todos são válidos e úteis, funcionando perfeitamente para os casos individuais. A nova interpretação se presta à tutela dos direitos coletivos e, singelamente, limita-se à inclusão dos bens coletivos entre os sujeitos de direito, abrindo a possibilidade de novos imaginários que permitam a compreensão de macrorrelações que afetam a vida digna.

Mais uma vez, merece lembrança a postura adotada por Joaquín Herrera Flores, que começa por enunciar suas decisões iniciais no trabalho de luta pelos direitos humanos. A primeira decisão inicial, já mencionada, diz respeito ao pensar. Pensar é pensar diferente. Em seguida, a segunda decisão inicial contempla a proposta de uma teoria crítica afirmativa, que acolha todas as plurais e diferenciadas formas de abordar os direitos humanos, sem negar o tradicional como se fossem práticas que carecessem de sentido. Se não, adverte o mestre sevilhano, corremos o risco de cair na dialética negativa composta por tese, antítese e a hipotética, porém improvável, síntese. O relevante, na apreciação dos paradigmas, é clarear suas contradições e oposições internas que limitam o imaginário às questões individuais, por exemplo, bloqueando a abertura às questões coletivas.

Quedándonos, por el momento, en el plano tradicional de la lucha jurídica, si desde la teoría no somos capaces de reapropiarnos del derecho como instrumento de positivación de las prácticas sociales, en vez de ayudar en la tarea de búsqueda de garantías de los resultados de las luchas, terminamos confundiendo a todos aquellos que con su mejor voluntad luchan social, política, económica y, por supuesto, jurídicamente por la consecución de la dignidad humana en todas las partes del mundo. No se trata, pues, de negar las tradicionales y más difundidas formas de tratar teórica y prácticamente los derechos humanos, sino de reapropiármolas crítica y contextualizadamente, ampliando sus deficiencias y articulándolas con tipos diferentes de prácticas de mayor contenido político, económico y social. Simplemente negando, ¿cómo podremos construir algo positivo? Al final, a lo que llegamos es a establecer nuevas separaciones y nuevos abismos entre gente que, de un modo u otro, intentan manejar lo mejor que pueden problemas que son comunes a todos.¹⁴⁰

Nesse sentido, a proposta de reinterpretção dos conceitos de direitos coletivos não nega, nem exclui, todo o desenvolvimento teórico e jurisprudencial produzido ao longo de um quarto de século de vigência do CDC. Pelo contrário, o objetivo é abrir novas possibilidades

¹⁴⁰ HERRERA FLORES, 2005b, p. 49.

de tutela coletiva, fomentando a construção de imaginários que sejam capazes de romper as fronteiras estabelecidas pelo individualismo antropocêntrico, harmonizando direitos individuais, coletivos e ambientais. Tudo pela vida digna.

No bojo das ações coletivas, uma situação que se tornou comum é a tutela coletiva de direitos subjetivos individuais, popularizada com a instituição da categoria denominada “interesse ou direito individual homogêneo”, no CDC. Na sociedade moderna, com a produção e a contratação em massa, a utilização dos meios de comunicação e das mais variadas técnicas de comercialização, os problemas enfrentados por um usuário de serviço público ou um consumidor são iguais ou semelhantes aos de outros usuários e consumidores do mesmo produto ou serviço.

Os prejuízos individualmente sofridos são iguais ou semelhantes aos de muitas outras pessoas. Imaginemos, então, milhares de vítimas de um acidente de consumo ingressando em juízo individualmente, postulando reparação de danos... É o que tem ocorrido com os problemas decorrentes de efeitos colaterais de medicamentos; intoxicação causada por poluição ou exposição a substâncias tóxicas, produtos que, após sua colocação no mercado, apresentam periculosidade elevada e devem ser recolhidos, etc.

A solução para esse problema veio como o CDC, que autoriza a tutela coletiva de interesses individuais. Trata-se dos “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (art. 81, parágrafo único, III). Ao permitir que feixes de interesses individuais sejam tratados como coletivos, o CDC facilita o acesso à justiça, possibilitando a reparação dos danos individualmente sofridos através da ação civil pública. A Lei da Ação Civil Pública (LACP) restringia a ação civil pública à tutela de interesses difusos e coletivos por meio da ação cautelar e da ação de obrigação de fazer e não fazer. Hoje, no regime do CDC, são admissíveis todas as espécies de ação (art. 83) e, o que é mais importante, o tratamento coletivo de interesses individuais homogêneos.

Embora pareça simples, a distinção entre o interesse individual e coletivo não se encontra completamente sedimentada. É comum a confusão entre interesses individuais homogêneos e direitos coletivos, ou a concepção de interesses coletivos como resultado da simples adição aritmética de uma pluralidade de interesses individuais. Gregório Assagra de Almeida identifica equívocos inclusive nas decisões judiciais.

A jurisprudência pátria, em muitos julgados, não tem compreendido a distinção correta entre as categorias de direitos coletivos adotadas pelo CDC (art. 81, parágrafo único, I, II e III). Em muitos acórdãos percebe-se que o direito coletivo em

sentido estrito é tratado como sendo direitos individuais homogêneos. Em alguns casos são os direitos coletivos em sentido estrito confundidos com os direitos difusos.¹⁴¹

De forma didática, partindo da tipicidade dos conflitos, Ricardo Luís Lorenzetti classifica em três categorias os tipos de direito correspondentes. Primeiro, os direitos sobre bens jurídicos individuais. Depois, os direitos sobre interesses individuais homogêneos. Por fim, os direitos sobre bens jurídicos coletivos, os quais subdivide em difusos e coletivos.

Quando se trata de direito sobre bem jurídico individual, o interesse é individual e a legitimidade ativa para sua defesa também, sendo cada interesse independente dos demais. Assim, cada um dos titulares dá início a uma ação e obtém uma sentença em um processo bilateral. É o modelo tradicional do litígio singular.

No caso dos direitos ou interesses individuais homogêneos, tal como nos individuais simples, a afetação é individual e a legitimidade ativa para sua defesa também, mas o interesse é homogêneo e suscetível de uma só decisão. A homogeneidade se dá entre o direito da pessoa e o de outras pessoas que se encontram em igual situação. Lorenzetti destaca que o interesse é individual e a legitimidade é individual; somente a tutela é coletiva porque é conveniente buscar-se uma só decisão:

El interes es individual, la legitimación es individual, pero hay homogeneidad objetiva entre ellos, y una sola causa o evento generador del daño (factor común de afectación); por lo tanto es conveniente y viable procurar una sola decisión^o [...] Em general se observa bastante confusión sobre estas categorías y diferentes denominaciones, pero el problema que plantea cada una de ellas es substancialmente diferente y ello debe quedar claro.¹⁴²

No campo da saúde, há interesse ou direito individual homogêneo nas ações que visam à provisão de determinado medicamento, exame ou procedimento cirúrgico a todas as pessoas que apresentem diagnóstico semelhante, e, como consequência, igual prescrição médica.

Apesar da conceituação legal, as manifestações doutrinárias e as decisões judiciais em relação à caracterização de cada uma dessas categorias ainda são bastante divergentes. Permanece válida a observação do professor Nelson Nery Júnior, contemporânea à edição da lei que os incorporou no direito brasileiro, no sentido de que "os conceitos e diferenciações entre interesses difusos e coletivos encontram-se em pleno desenvolvimento doutrinário, nada havendo, ainda, de caráter definitivo sobre essas duas realidades"¹⁴³. Trabalhando no inquérito

¹⁴¹ ALMEIDA, 2008, p. 486.

¹⁴² LORENZETTI, 2010, P. 19.

¹⁴³ NERY JR., 1992, p. 621.

civil, promovendo ações civis públicas e criando oportunidades para que se multipliquem os provimentos judiciais sobre tais questões, estamos, a cada dia, construindo e aclarando esses conceitos.

O ponto de partida desta proposta hermenêutica é o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990), que apresenta, em seu art. 81, os conceitos legais de interesse difuso, interesse coletivo e interesse individual homogêneo. Embora criticada, e polêmica, a decisão do legislador é importante, do ponto de vista didático, para que sejam identificados os interesses coletivos. Os casos, e a polêmica em torno deles, prestam-se à superação do paradigma individualista e à concepção de novas formas de pensar o direito.

Em perspectiva comparada, Antonio Gidi observa que as definições contidas na legislação brasileira refletem posicionamentos da doutrina italiana nos anos 1970 e 1980, não guardando paralelismo com outros sistemas jurídicos. Aponta que, nesse campo que literalmente está sendo “inventado” nos países do ocidente, são muitas as expressões utilizadas para identificar esses direitos:

[...] coletivos, difusos, sociais, de grupo, de coletividade, de comunidade, de classe, de série, de setor, de categoria, de incidência coletiva, dispersos, propagados, legítimos, públicos, difundidos, profissionais, fragmentários, sem estrutura, sem dono (adespoti), anônimos, transpessoais, supraindividuais, superindividuais, metaindividuais, individuais homogêneos, individuais plurais, plurisubjetivos, pluri-individuais etc.¹⁴⁴

Embora sugira que as definições devam ser abolidas do texto legal, considerando que nem todas as situações poderão ser enquadradas nas definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, Antonio Gidi reconhece resultado positivo na decisão do legislador, especialmente por força do caráter pedagógico da conceituação e sua utilidade prática na implementação do novo paradigma.

Não há como negar que a estabilização de tais definições legais, pelo CDC, foi útil ao desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil, pois simplificou sobremaneira a compreensão do tema e o cabimento da tutela coletiva. [...] Foi uma opção arriscada, mas a comissão que redigiu o CDC estava consciente dos riscos. A idéia de proteger direitos de grupo nos tribunais e as definições existentes eram conflitantes. A ausência de uma definição clara dos direitos de grupo em uma lei escrita poderia gerar perplexidade e inconsistência nos tribunais.¹⁴⁵

Nesse contexto, temos duas espécies de direitos ou interesses essencialmente coletivos: os difusos e os coletivos, *stricto sensu*. O critério adotado para a distinção entre

¹⁴⁴ GIDI, 2008, p. 203.

¹⁴⁵ GIDI, 2008, p. 204.

essas duas espécies e os direitos individuais homogêneos considera três aspectos: a titularidade do direito (sujeito), a divisibilidade do bem (objeto) e sua origem. A interpretação aqui adotada exige alguma reflexão em torno da titularidade do direito e de seu objeto, com o deslocamento, em algumas situações, do bem situado na posição de objeto, para a posição de sujeito.

A categoria de direitos difusos é a mais afetada pela interpretação não antropocêntrica dos conceitos expressos na lei brasileira, permitindo que os bens coletivos possam colocar-se na posição de titulares do próprio direito, sem prejuízo de interesses que a coletividade tenha sobre eles. Em termos práticos, se a água potável, o ar respirável e a saúde pública são bens coletivos, figuram como sujeitos ativos de direito difuso. Trata-se de entes despersonalizados que, não obstante isso, podem sofrer dano e, portanto, podem figurar na posição de sujeito ativo de direito coletivo. A atribuição de personalidade – capacidade genérica para a titularidade de direitos – é irrelevante em face da constatação do dano, do risco de dano, e de suas consequências. Vânia Márcia Damasceno Nogueira reclama a evolução do direito, com a atribuição da personalidade jurídica aos animais.

A violência cometida contra o meio ambiente tomou proporções incomensuráveis. Estamos em plena guerra mundial ambiental. A natureza *versus* o homem. As “baixas” são visíveis entre humanos e não humanos. Contudo, enquanto os humanos possuem seus direitos afirmados em documentos internacionais de proteção, restando a luta política pela sua efetivação plena, os não humanos buscam ainda afirmar seus direitos subjetivos fundamentais para existência de uma vida digna. O direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social, que evolui com o tempo. Essa invenção entendeu por bem conceder a personalidade jurídica a alguns entes e negar a outros. Nesse aspecto, o direito não evoluiu para além da vida humana.¹⁴⁶

Com a interpretação biocêntrica do direito coletivo, ainda que a personalidade jurídica não seja reconhecida, o bem coletivo figura, de fato, na posição de titular. Somente o apego ao modelo antropocêntrico, pouco adequado à realidade contemporânea, justifica a elaboração teórica que nega a titularidade do direito a estes entes despersonalizados que suportam danos coletivos. Na maior parte dos casos, há efetivo dano à coletividade de humanos mas, inclusive quando vistos a partir do esquema tradicional da responsabilidade civil, trata-se de danos reflexos, indiretos, o chamado dano ricochete, decorrente de um dano anterior.

A utilidade do reconhecimento de que o bem jurídico é o titular do direito coletivo reside na facilitação de sua tutela, sem atrelamento aos interesses conflituosos que se abrigam

¹⁴⁶ NOGUEIRA, 2012, p. 309.

no interior da coletividade protegida, e obriga à exaustiva investigação dos elementos materiais que compõem o suporte fático e a atribuição de consequências jurídicas. Há grande dificuldade na proteção de interesses difusos porque a complexidade dos problemas, cuja visualização é obstruída por variados interesses, reclama soluções que transcendem os interesses imediatos das pessoas, exigindo a emissão de juízos intergeracionais e biocêntricos.

Por essa perspectiva, a caracterização do interesse difuso, definido pelo art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC, exige as condições seguintes:

- Indeterminação dos titulares: o interesse é compartilhado, não estando vinculado a pessoa determinada; são direitos da coletividade, seu titular são pessoas indeterminadas e indetermináveis; em alguns casos, o bem coletivo figura como titular do direito.

- Indivisibilidade do bem jurídico: o objeto do direito é indivisível, não suscetível de partilha entre seus titulares.

- Vínculo originado de circunstâncias de fato; não há, neste caso, uma relação jurídica base anterior ao nascimento do direito difuso; nas situações em que o bem jurídico figura como sujeito ativo do direito, o vínculo decorre do dano ou do risco de dano.

Derivado do latim "*diffusus*", o adjetivo "difuso" é usado com o significado de "disperso", "espalhado". Difuso, portanto, é aquele interesse que tem como titulares entes indeterminados, dispersos, espalhados. Outra característica é a inexistência de uma relação jurídica base. Os titulares, conforme a definição legal, são ligados por circunstâncias de fato. Por fim, é necessário que o interesse seja indivisível. Não há como identificar titulares de quotas ou parcelas do interesse difuso.

Como exemplo, imaginemos a inserção no mercado de um medicamento lesivo à saúde dos consumidores. O interesse protegido – saúde pública – é direito de todas as pessoas, não havendo possibilidade de dividi-lo, ou seja, não se pode dizer que o consumidor "X" tem a parcela "X" desse direito e o consumidor "Y" tem a parcela "Y". Ao contrário, todos partilham do direito de forma integral (proteção à saúde), cuja origem é o fato de o medicamento lesivo à saúde ter sido colocado à venda no mercado de consumo.¹⁴⁷

O Ministro Antonio Herman Benjamin aponta, ao lado da indivisibilidade, a característica de "não exclusão dos beneficiários". Enquanto alguns bens, por sua própria natureza, são suscetíveis de apropriação individual, há aqueles que são compartilhados por todos, sem a possibilidade de exclusão. O ar respirável é o melhor exemplo.

Os bens comunais regem-se por dois princípios básicos e correlatos: o princípio da indivisibilidade dos benefícios (a utilidade do bem não é divisível entre os que o

¹⁴⁷ ZANETI JR. e GARCIA, 2010, p. 172.

utilizam, impossibilitando a sua apropriação com exclusividade) e o princípio da não exclusão dos beneficiários (nenhum dos membros do grupo pode ser excluído de seus benefícios, a não ser que todos o sejam igualmente). Esse último princípio dá ensejo ao surgimento da figura do “carona” (free rider), alguém que, sem qualquer esforço pessoal, é beneficiado – reflexa e gratuitamente – por atividade alheia.¹⁴⁸

Se o serviço de atenção básica à saúde funciona, todos devem ter igual acesso a ele; a qualidade do ar e da água é partilhada por todos os que produzem o lixo; a pretensão de retirada do mercado de um medicamento que causa dano pré-concepcional. No campo da saúde, o direito será qualificado como difuso quando a sua satisfação beneficie, simultaneamente, coletividade indeterminada de pessoas, ou quando a intervenção decorra de situação em que há dano ou risco de dano a bem coletivo, especialmente quando há consequências identificadas como intergeracionais e biocêntricas.

Cuidando, ainda, de interesses transindividuais, o CDC trata, no art. 81, parágrafo único, inciso II, dos chamados interesses coletivos. A leitura da cabeça do art. 81 e de seu parágrafo único, em contraposição ao texto do inciso II, mostra que a expressão “coletivos” foi, nesse último, utilizada em sentido estrito, referindo-se a uma das espécies de interesse que poderá receber proteção a título coletivo. Trata-se de mais uma espécie de interesse essencialmente coletivo, que se distingue dos interesses difusos porque tem, como titulares, os grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

As principais características dos interesses coletivos são :

- Possibilidade de determinação de seus titulares: os interesses coletivos relacionam-se a grupos, categorias ou classes de pessoas. Por isso, serão sempre determinados – ou, ao menos determináveis – os seus titulares. Filiadas a associações, clubes, sindicatos, as pessoas podem estar unidas entre si por uma relação jurídica base, sendo titulares de interesses coletivos.

- Indivisibilidade do bem jurídico tutelado: característica central do interesse coletivo, presente também no direito difuso, o objeto do direito é indivisível, não suscetível de partilha entre seus titulares. Se o objeto for divisível, o direito é individual, ainda que tutelado em moldes coletivos.

- Existência de uma relação jurídica base que liga os titulares entre si ou com a parte contrária.

Por força dessa última característica, os direitos coletivos podem ser representados

¹⁴⁸ BENJAMIN, 1995, p. 84.

graficamente de duas formas diferentes. Uma primeira situação é a das pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base: os membros de uma mesma associação ou sindicato.

Em outras situações, as pessoas estarão vinculadas, por uma relação jurídica base, com a parte contrária. É o caso dos alunos de uma mesma escola ou os contratantes de uma mesma seguradora. Eles não mantêm entre si nenhum vínculo jurídico. Ligam-se, isso sim, com a parte contrária, através de idêntica ou semelhante relação jurídica base.

Em qualquer caso, somente se caracteriza o interesse essencialmente coletivo quando o bem jurídico tutelado é indivisível.

Atento às dificuldades que a doutrina e a jurisprudência têm tido na caracterização dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, Nelson Nery Júnior apresenta-nos um método simples e eficaz para que se faça corretamente tal qualificação: identificar o interesse a partir da pretensão a ele relativa.

A pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais. O acidente com o "Bateau Mouche IV", que teve lugar no Rio de Janeiro recentemente, pode ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes. (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual.¹⁴⁹

Nas ações judiciais, para identificar os interesses discutidos, devemos verificar qual o pedido formulado. E será comum encontrarmos, na mesma petição inicial, pedidos relativos a mais de uma espécie de interesse.

As ações coletivas contra administradoras de planos de saúde, discutindo valores de mensalidades, são um bom exemplo disso. Quando se postula a adequação dos procedimentos de cobrança às normas legais, o interesse é coletivo. Mas, se a mesma ação contém pedido de devolução, aos consumidores, de quantias pagas indevidamente, o interesse é individual (tratado de forma coletiva em face de sua homogeneidade).

No campo da proteção contratual, o Ministério Público pode ajuizar ação cominatória, visando proibir a utilização de cláusula abusiva em novas contratações (interesse difuso) e determinar que o fornecedor chame todos os consumidores que já tenham celebrado tal contrato (*recall*), a fim de que seja feito aditivo de re-ratificação relativo à exclusão das

¹⁴⁹ NERY JR. 1992.

cláusulas abusivas (interesse individual). Luciano Moreira Oliveira, em estudo sobre a classificação dos interesses coletivos, exemplifica:

[...] a tutela coletiva que visa assegurar transporte adequado para usuários do SUS de um município do interior que necessitam submeter-se a tratamento em uma capital de Estado caracteriza-se como defesa de interesse coletivo em sentido estrito. Trata-se de interesse transindividual e indivisível (já que a disponibilidade de transporte atenderá a várias pessoas simultaneamente), cujos titulares são todas as pessoas residentes no município do interior que venham a necessitar de transporte para se deslocarem à capital do Estado para acessarem serviços de assistência à saúde.¹⁵⁰

Na saúde, uma ação que gera modificação em um protocolo de acesso a determinado conjunto de ações ou serviços protege interesses difusos, quando indeterminados e indetermináveis os que irão beneficiar-se da medida. Se o grupo é identificado ou identificável, principalmente quando a ação é proposta por uma associação em prol de seus associados, o interesse é coletivo. Sempre, porém, que for incluído pedido de cunho comutativo, especialmente a indenização individual, trata-se de pretensão individual, tutelada coletivamente em face da pluralidade de titulares em situação semelhante.

I.2.4 Paradigmas: a racionalidade oculta da justiça coletiva

Nossa forma de entender o mundo é conformada por paradigmas: modelo ou conjunto de ideias que pertencem a um discurso ou a uma teoria, ou são rejeitados. Edgar Morin registra que os conceitos e as operações lógicas são selecionados e definidos nos paradigmas e conclui que “os indivíduos conhecem, pensam e agem segundo paradigmas inscritos culturalmente neles”¹⁵¹. Os paradigmas permanecem ocultos, “subterrâneos”, mas têm um papel soberano em qualquer teoria, doutrina ou ideologia. O paradigma é inconsciente – sublinha – “mas irriga o pensamento consciente, controla-o e, nesse sentido, é também supraconsciente”. Alberto Amaral Júnior apresenta o paradigma como “o conjunto de crenças, valores, conceitos, teorias e técnicas”¹⁵² partilhados por uma determinada comunidade.

Ricardo Luís Lorenzetti trata o direito coletivo como um paradigma que, ao lado de outros, funciona como pano de fundo para as decisões judiciais “de modo tenso e contraditório”¹⁵³. O mestre argentino utiliza o termo “paradigma” com um sentido específico:

¹⁵⁰ OLIVEIRA, 2014, p. 58.

¹⁵¹ MORIN, 2007, p. 25.

¹⁵² AMARAL JR. 1993, p. 17.

¹⁵³ LORENZETTI, 2011, p. 33.

um “modelo decisório” que tem *status* anterior à regra e condiciona as decisões. Entre a concepção geral de justiça, que orienta o julgador, e a regra por ele aplicada, pode-se identificar a presença de princípios ocultos ou programas informais que definem o juízo emitido.

[...] denominaremos paradigmas os modelos decisórios que têm *status* anterior à regra e condicionam as decisões. O princípio jurídico é um *standard* que deve ser observado, enquanto a diretriz política é um *standard* que deve ser alcançado. Neste âmbito é comum a aplicação dos princípios “ocultos” ou programas “informais”, em referência às regras não explícitas da atuação judicial.¹⁵⁴

A pesquisa, desenvolvida ao longo de décadas, resultou na proposta de que tais paradigmas sejam reconhecidos e identificados. Arrolou, de forma não exaustiva, os seguintes: acesso aos bens, protetivo, coletivo, estado de direito constitucional, consequencialista e ambiental, destacando esse último como sendo talvez “a mais profunda transformação produzida nos últimos anos”¹⁵⁵. Sua utilização resulta em benefícios na medida em que facilita os debates interpretativos, mas também apresenta problemas que podem ser identificados e superados:

Um primeiro problema é que, frente a um mesmo caso, os juristas têm distintos enfoques se adotarem distintos modelos. Por exemplo, quem é protecionista decidirá de modo diferente de quem é consequencialista; quem tem uma visão baseada no acesso aos bens será permeável a decisões que serão rechaçadas por quem os ignore. A questão é que o jurista transformou-se em um militante de verdades parciais, que não logra compreender a globalidade.

Um segundo problema é a expansão dos paradigmas. Quem tem uma visão protetiva tende a estendê-la a campos para os quais ela não foi pensada, como ocorre quando se aplicam regras de direito do consumidor ao empresário, ou a técnica processual intervencionista própria dos direitos humanos em conflitos sobre bens disponíveis, ou vice-versa.

Um terceiro problema é o conflito dos paradigmas. Quando um juiz toma a decisão de tutelar um direito, e se despreocupa dos seus custos econômico-sociais, o paradigma protetivo entra em colisão com o consequencialista. Inversamente, quem se preocupa somente com as consequências pode ser partidário de direitos declarativos sem eficácia.¹⁵⁶

As questões coletivas constituem, em si, um importante paradigma para interpretação e aplicação do direito. Na opinião do doutrinador, que é ministro da Suprema Corte Argentina, seu princípio estruturante é a preeminência do bem coletivo, “ao qual outorga precedência sobre os demais bens individuais porque está situado na esfera social e é

¹⁵⁴ LORENZETTI, 2011, p. 227.

¹⁵⁵ LORENZETTI, 2011, p. 340.

¹⁵⁶ LORENZETTI, 2010, p. 183/184.

pressuposto da convivência”¹⁵⁷.

Os paradigmas propostos por Ricardo Luís Lorenzetti constituem eficiente metodologia de leitura e classificação das decisões judiciais e correspondentes modelos de solução de conflitos. Seu conteúdo harmoniza-se, em muitos pontos, com a teoria crítica proposta por Joaquín Herrera Flores, e o rol de paradigmas proposto pode ser complementado, com inclusão da visão de justiça que atualmente se desenvolve a partir das teorias feministas bem como as análises e modelos de Boaventura Sousa Santos que, a partir do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, coordena estudos voltados à emancipação social. Nesse sentido, propõe-se a seguir a leitura dos paradigmas na perspectiva da teoria crítica, acrescido de aportes da teoria da justiça esboçada por Íris Marión Young.

Mais especificamente, da obra da professora da Universidade de Chicago, tratamos como paradigmas os elementos que ela identifica como “as cinco faces da opressão” no corpo da tese onde sustenta que a injustiça não decorre apenas da desigualdade na distribuição: a opressão é uma forma de injustiça também. Assim, são apontadas cinco faces da opressão: a exploração, a exclusão, a carência de poder, o imperialismo cultural e a violência.

Boaventura Sousa Santos, especialmente a partir da publicação de *Um discurso sobre as ciências*, promove e estimula o debate em torno do modelo epistemológico que perpetua situações de colonialismo e marginalização, propondo a revisão das formas hegemônicas da racionalidade visando a “uma concepção solidária do conhecimento, feito da coexistência, do diálogo e da articulação entre os modos de conhecimento e de experiência, sem desqualificação mútua”¹⁵⁸.

Para análise do direito à saúde, combinando os modelos de Ricardo Lorenzetti, Joaquín Herrera Flores e Íris Marión Young, trabalharemos com os seguintes paradigmas: acesso aos bens (exclusão), protetivo (hipossuficiência), equilíbrio (exploração), ecologia dos saberes (imperialismo cultural), consequencialista (efeitos sobre o coletivo), estado de direito constitucional (carência de poder/limitação do poder) e ambiental.

O primeiro paradigma exposto por Lorenzetti é o do “acesso aos bens”, que protege os excluídos. Seu fundamento constitucional é a “igualdade real de oportunidades” e seu princípio estruturante é o “acesso aos bens jurídicos primários”¹⁵⁹. Na teoria crítica proposta por Joaquín Herrera Flores, o acesso aos bens constitui elemento central, na medida em que “vivemos imersos em processos hierárquicos e desiguais que facilitam ou impedem sua

¹⁵⁷ LORENZETTI, 2010, p. 270.

¹⁵⁸ NUNES, 2006, p. 62.

¹⁵⁹ LORENZETTI, 2020, p. 230.

obtenção”¹⁶⁰. Garantir acesso, com dignidade, constitui a finalidade precípua dos direitos humanos:

Entenda-se por dignidade não o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado “a priori” por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter acesso aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação. Mas, cuidado! Falar de dignidade humana não implica fazê-lo a partir de um conceito ideal e abstrato. A dignidade é um fim material. Trata-se de um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja “digna” de ser vivida.¹⁶¹

Enquanto Lorenzetti trabalha no plano dos paradigmas, identificando concepções de justiça alinhadas com a ideia de “acesso aos bens” na fundamentação das decisões judiciais, Herrera Flores identifica o acesso aos bens como objetivo e resultado de processos de luta. Ambos partem do pressuposto de que existem pessoas e grupos em situação de exclusão em relação aos bens.

No exame das decisões judiciais que tratam do direito à saúde, o paradigma do “acesso aos bens” é o mais evidente. Na maior parte das ações, individuais e coletivas, o suporte fático descreve uma situação de exclusão: alguém demanda acesso a um medicamento, a um leito hospitalar, a um exame especializado, etc. No exemplo citado no início deste capítulo, o paradigma do acesso aos bens é evidente: somente um quarto das mulheres brasileiras que possuem plano de saúde terá acesso a exame e diagnóstico de osteoporose. Isso significa que o percentual de exclusão em relação ao acesso, considerada a população total, é muito maior.

São conhecidos os teóricos que examinam os dados da distribuição e sustentam que vivemos na “sociedade de dois terços”. Salientando que a exata definição do percentual é matéria polêmica, Lorenzetti pondera que ao menos um terço da população mundial não tem acesso a bens primários (educação, saúde e alimentação), situação que identifica como problema fundamental da conformação econômica atual.

Produzem-se riqueza e bens, mas grande parte da população não pode usufruir desses bens. O sobreconsumo convive com a pobreza intensa, as tecnologias mais assombrosas não logram obscurecer expressões do primitivismo que acreditávamos estar abandonado. Tanto em escala mundial como nas sociedades nacionais e nas cidades, o problema da fratura, da existência de dois mundos distintos, da exclusão e do acesso, se faz presente. O conflito distributivo muda-se para os principais lugares do cenário social.¹⁶²

A exclusão, no plano fático, mostra-se agravada quando se avistam suas raízes no

¹⁶⁰ HERRERA FLORES, 2009, p. 36.

¹⁶¹ HERRERA FLORES, 2009, p. 37.

¹⁶² LORENZETTI, 2010, p. 231.

campo epistemológico. Herrera Flores, que insistentemente denuncia as injustiças decorrentes das concepções “abstratas” que permeiam o universo jurídico, invoca lições de Boaventura Sousa Santos e Seyla Benhabib para destacar a função social do conhecimento em questões de direitos humanos. Do primeiro, sublinha a compreensão de que o processo de universalização dos direitos é marcado pelo predomínio de um tipo imperialista de conhecimento no qual se reproduz uma situação de subordinação. Como consequência, o primeiro passo é a crítica do próprio conhecimento.

A professora de Yale, que conjuga teoria crítica com teoria feminista, sublinha a necessidade de superar as abstrações que apresentam seres humanos como quimeras, como entidades sem corpo, sem necessidades e carências, e de substituí-las por reflexões que tenham como ponto de partida o ser “concreto”, de carne e osso, a pessoa que luta diariamente para satisfazer suas necessidades e preencher suas carências.

Lorenzetti descreve, ao discorrer sobre o paradigma do acesso aos bens, situação que designa como “o umbral do acesso ao direito”: a forma como são descritos, ensinados e aplicados, no direito clássico, a propriedade, o trabalho, o contrato ou a responsabilidade civil foram apropriadas pelos setores sociais que, em posição privilegiada, desfrutavam amplo acesso a esses bens. Assim, o direito das coisas cuidava dos problemas de quem já era proprietário; o estudo do contrato se referia às obrigações das partes contratantes; o direito do trabalho protegia o direito das pessoas já empregadas, o direito processual focalizava os litigantes, e somente em relação a eles produzia efeitos. Como consequência, naturalizou-se a concepção de direitos que não compreendia a exclusão e, sob o aspecto subjetivo, os excluídos.

De uma forma irônica, pode-se afirmar que o Direito Privado é como o Hotel Hyatt: está aberto a todos, porém nele tem entrada apenas alguns, quais sejam, os que podem pagar pela hospedagem. Existe um umbral de entrada ao Direito Privado, que importa a exclusão de grandes grupos de pessoas: nem todos chegam a ser proprietários, contratantes, trabalhadores ou autores em um processo. Essas exclusões permaneciam ocultas sob nossos esquemas mentais: é a forma como se vê que impede a visão. Trata-se de condicionamentos epistemológicos que impedem apreciar o que é evidente, e quando mudam outras evidências surgem.¹⁶³

Na saúde, são conhecidas as muitas situações de exclusão. A superação desses problemas, com a efetiva garantia de acesso às ações e serviços de saúde, depende do Estado, responsável pela criação e implementação de políticas distributivas. No Brasil, a Constituição expressamente definiu que saúde é direito do cidadão e dever do Estado, instituindo um Sistema Único de Saúde orientado pelos princípios da universalidade, integralidade e

¹⁶³ LORENZETTI, 1998, p. 87.

gratuidade. A omissão dos governantes na implementação da ordem sanitária, conforme prevista no rol de direitos e garantias fundamentais, deu causa à judicialização da saúde, em que se busca o reconhecimento de situações de exclusão e a garantia do acesso a ações e serviços de saúde.

O paradigma do acesso aos bens pode funcionar em conjunto com o paradigma coletivo. Há necessidades individuais, situações individuais de exclusão, claramente identificáveis. Há, todavia, situações em que grupos de pessoas, determinadas ou não, encontram-se em situação de exclusão, justificando atuação coletiva. A resistência em relação às ações coletivas que visam à garantia de acesso decorre das dificuldades que o Estado enfrenta na implementação de políticas públicas e na permanente concorrência com os serviços privados de saúde, que, para manterem-se funcionando, dependem da escassez – leia-se, exclusão.

Protetivo, é como Lorenzetti denomina o paradigma seguinte. Trata-se da concepção de justiça que, movida pelo ideal de igualdade, busca estabelecer o equilíbrio identificando e protegendo os vulneráveis. Os paradigmas protetivo e de acesso aos bens mantêm importante ponto de contato com a teoria crítica dos direitos humanos: em ambos, como elemento comum, identificamos a desigualdade como problema de fundo. Enquanto o paradigma do acesso pressupõe uma situação de exclusão, no paradigma protetivo a proteção se dirige à parte fraca, ao chamado hipossuficiente.

A discussão sobre a hipossuficiência – de crianças, idosos, enfermos, acidentados do trabalho, etc. – apresenta visibilidade maior, em relação à exclusão absoluta, que caracteriza o paradigma do acesso aos bens, mas também apresenta grandes inovações e permanece em expansão. Nesse sentido, são antigas e conhecidas as regras de proteção da criança e do adolescente. Gradativamente, porém, alarga-se e modifica-se radicalmente a concepção de hipossuficiência que, a passos largos, transita da limitada noção de “incapacidade” para o extenso campo da “diferença”. Daí a proliferação de instrumentos jurídicos voltados à proteção do idoso e do deficiente, do consumidor, da mulher, dos grupos étnicos e culturais, etc.

No direito do consumidor, o tema é bastante discutido, figurando inclusive como elemento importante do próprio conceito de consumidor, que, no sistema brasileiro, define o campo de aplicação da legislação especial. A doutrina produzida em matéria de direito do consumidor é bastante útil para a compreensão do paradigma protetivo aplicado à saúde, devido à minuciosa classificação elaborada em torno do conceito de vulnerabilidade. Embora a base filosófica da proteção seja a igualdade, a doutrina distingue a vulnerabilidade – aqui

apresentada como um paradigma – e sua causa.

Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a explicitação dessas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para a sua boa aplicação, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.¹⁶⁴

Cláudia Lima Marques identifica quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional, que qualifica como vulnerabilidade básica do consumidor. Usando exemplos da saúde, área para a qual transpomos os conceitos, equiparando o usuário do SUS ao consumidor, a vulnerabilidade técnica decorre da disparidade de conhecimentos específicos sobre o objeto da relação – ação ou serviço de saúde. O médico, o farmacêutico, o gestor da unidade de saúde, por exemplo, dominam o que não é facilmente compreendido pelo enfermo e seus familiares.

Entende-se por vulnerabilidade jurídica ou científica a “falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”. Tal como o consumidor, o usuário do SUS desconhece seus direitos e não tem noção da rede de relações obrigacionais que se organiza por trás de um ato de assistência à saúde. Poucos dominam a complexa organização do financiamento da saúde, que conta com recursos da União, Estados e Municípios, no atendimento feito pelo SUS. As transferências de recursos, no sistema fundo a fundo (repasse regular e programado de recursos diretamente do Fundo Nacional de Saúde para Estados e Municípios, independentemente de convênio ou instrumento similar), a pactuação entre gestores, que pressupõe contratação de prestadores privados, os sistemas de consórcios intermunicipais de saúde, etc., constituem um universo de difícil compreensão para o leigo, embora seu funcionamento seja indispensável à prestação dos serviços de saúde. O mesmo se diga em relação à rede de contratos que se forma envolvendo o SUS, os prestadores privados e os profissionais de saúde.

Outro tipo de vulnerabilidade é a chamada vulnerabilidade fática, ou socioeconômica. O poder econômico privado alcançou dimensões que ampliam a disparidade de forças, em prejuízo do consumidor e do usuário de seus produtos e serviços. Indiscutível o poder da indústria farmacêutica, por exemplo, que usa sua influência sobre o legislador, sobre os

¹⁶⁴ MARQUES, 2011, p. 323.

compradores públicos e privados, sobre os médicos prescritores, sobre os professores e alunos das escolas de medicina, etc.

Por fim, aponta-se a emergência da vulnerabilidade informacional. Cláudia Lima Marques recorda que o abuso dos meios informáticos costumava ser incluído na conta da vulnerabilidade técnica. Hoje, com o rápido desenvolvimento da informática, a questão merece tratamento destacado, e prioritário. Por outra perspectiva, a informação sobre produtos de interesse da saúde – alimentos e medicamentos, principalmente – torna-se cada vez mais sofisticada e inacessível.

Pensemos na vulnerabilidade que representa não dispor de uma informação alimentar, de que um determinado produto contém elementos geneticamente modificados, ou de que um determinado produto legal de tabaco causa vício e danos a 50% de seus consumidores, qualquer a quantidade utilizada. São informações de boa-fé que um agente da sociedade detém e o outro não. A decisão de “in-formar” é a decisão de (dar) forma e passar de seu âmbito de domínio alto imaterial para o outro, a informação. Também no aspecto positivo, o comunicado/informação é uma forma de responsabilidade (Verantwortung), a informação leva à imputação (Zurechnung) de um agente da sociedade pela confiança criada, a informação/omissão leva à imputação de responsabilidades. Se é poder e se é fonte de responsabilidade, a informação é difusão de riscos, significando justamente compartilhamento, tornar comum (*communicatio-ionis, comunico-are, communis*). Nunca antes o vício de informação foi um instrumento de compensação da vulnerabilidade do consumidor.¹⁶⁵

O paradigma protetivo pode funcionar em conjunto com o paradigma coletivo. E também com o paradigma do acesso aos bens. As situações de vulnerabilidade e de exclusão podem ser verificadas tanto em situações individuais concretas quanto no âmbito coletivo. Da mesma forma, o indivíduo ou o grupo podem encontrar-se em situação de exclusão e, simultaneamente, por desconhecimento, na situação de vulnerabilidade técnica, jurídica, fática ou informacional que qualifica o paradigma protetivo.

No mesmo feixe em que reunimos a exclusão e a vulnerabilidade, identificando os paradigmas do acesso aos bens e protetivo, podemos acrescentar um outro elemento que, como o joio, deve ser colhido separadamente e descartado, como prática injusta. Trata-se da exploração, teorizada por Karl Marx, que expõe a forma como o capitalismo oculta, sob o discurso da liberdade contratual e da autonomia, a estrutura de classes na qual a minoria se apropria do produto do trabalho alheio.

Podemos denominar tal perspectiva de paradigma do equilíbrio, identificando situações que exigem a emissão de juízo quanto ao equilíbrio entre as prestações recíprocas nas relações bilaterais e multilaterais. Na teoria contratual, o tema é discutido no instituto da

¹⁶⁵ MARQUES, 2011, p. 336/337.

lesão, que qualifica como abuso o ganho desproporcional e o dolo de aproveitamento¹⁶⁶.

Iris Marión Young parte da noção marxista de exploração e a expande, além do tradicional campo da justiça distributiva, identificando situações em que há exploração com fundamento no gênero e na raça. Descreve as várias formas de exploração da mulher, no ambiente doméstico, no casamento e no trabalho, e discute as formas de exploração que se valem do racismo.

La explotación determina relaciones estructurales entre los grupos sociales. Las reglas sociales respecto de qué es el trabajo, quién hace qué y para quién, como se recompensa el trabajo y cuál es el proceso social por el cual las personas se apropian de los resultados del trabajo, operan para determinar relaciones de poder y desigualdad. Estas relaciones se producen y reproducen a través de un proceso sistemático en el cual las energías de las personas desposeídas se dedican por completo a mantener y aumentar el poder, categoría y riqueza de las personas poseedoras.¹⁶⁷

As questões relativas à exploração não passaram despercebidas a Lorenzetti, que as inclui no paradigma protetivo. De fato, o paradigma protetivo pode abranger os problemas decorrentes da exploração, e os mecanismos protetivos visam, em muitas situações, evitar apropriações indevidas. Todavia, no bojo de uma teoria crítica, é conveniente que a classificação se apresente dividida, de forma a permitir melhor compreensão dos juízos emitidos.

Em primeiro lugar, se partimos da concepção tradicional de proteção, que tem a preocupação voltada para a garantia dos interesses de incapazes, a proteção abrange a pessoa de forma integral, desde as relações familiares e sociais, até os interesses econômicos. No direito da infância e da juventude, a doutrina da proteção integral tem amparo no dispositivo constitucional que prescreve como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF, art. 227).

A proteção integral abrange a opressão e a exploração. Todavia, na medida em que atribuímos à falta de equilíbrio entre as prestações recíprocas nas relações bilaterais e multilaterais um peso relevante na busca da vida digna, o destaque se faz necessário para que essas situações se tornem visíveis.

¹⁶⁶ PEREIRA, 1997, p. 195.

¹⁶⁷ YOUNG, 1990, p. 88.

No sistema de saúde, são conhecidos os problemas de exploração. Por detrás de muitos problemas que chegam aos Tribunais, avistam-se situações em que o usuário, o trabalhador da saúde ou de determinados serviços, públicos e privados, são vítimas de exploração. A criação de comissões de ética em pesquisa visa evitar situações de exploração a que se encontram expostos os enfermos utilizados na experimentação de novos fármacos e alternativas terapêuticas. Nem todos os casos, porém, contam com adequada supervisão, caracterizando-se situações de exploração em que a vítima é o enfermo. A exploração de trabalhadores da saúde também é objeto de conflitos, especialmente na justiça trabalhista, que demonstram a persistente precarização das condições de trabalho.

Outra característica do mercado de trabalho em saúde é o uso intenso e deversificado de mão-de-obra. São mais de dois milhões de trabalhadores atuando em quase sete mil estabelecimentos, em mais de cinco mil municípios. Por outro lado, as diversas modalidades de contratação, bem como as jornadas de trabalho estabelecidas de 12, 20, 24, 32, 40 e até 44 horas, por exemplo, fazem do setor uma “anarquia institucional organizada”. Somado a esta característica de “anarquia institucional”, o SUS se depara hoje com outro enorme problema: a precarização do trabalho em áreas essenciais do setor. A política neoliberal de flexibilização da inserção do trabalhador no mundo do trabalho na década de 1990 – adotada pelo governo federal e seguida, em boa medida, pelos governos estaduais e municipais – produziu efeitos deletérios no SUS. Verifica-se hoje nas instituições um volume enorme de contratações de serviços por terceirização. [...] Essa flexibilização contratual gerou no SUS mais de quinhentas mil situações de trabalho em condições precárias, contrariando não só a Constituição como também gerando insegurança na prestação dos serviços.¹⁶⁸

Além dos conflitos, individuais e coletivos, examinados pela Justiça do Trabalho, tornou-se frequente a judicialização de problemas decorrentes da falta de profissionais de saúde – enfermeiros, farmacêuticos, fisioterapeutas, etc. – em quantidade suficiente para atender aos parâmetros mínimos definidos pelo Ministério da Saúde, situação que indica sobrecarga – e consequente exploração – desses trabalhadores.

Pela perspectiva coletiva, outro aspecto da exploração merece atenção: a que ocorre com a transferência de recursos do setor público para o setor privado. O SUS é o maior comprador de serviços privados de saúde no Brasil e, embora se trate de um sistema público, a maior parte dos prestadores de serviço são privados. Como consequência, tanto recursos destinados a custeio de ações e serviços quanto os investimentos na infraestrutura e tecnologia da rede são objeto de apropriação privada. Especialmente quanto a esse último aspecto, o tema da exploração está presente: se o Estado é o comprador do serviço, é questionável que caiba também a ele o encargo de promover investimentos nos hospitais e estabelecimentos de

¹⁶⁸ MACHADO, 2005, p. 272.

saúde privados.

Como se verifica, 75,09% dos recursos foram utilizados para custeio da assistência especializada prestada pelos municípios no âmbito do SUS, e esta constitui a mais cara e complexa parcela da assistência à saúde. Exatamente a parcela majoritariamente inserida na esfera administrativa privada que, numa contradição, em termos, é bastante dependente dos recursos públicos disponibilizados pelo SUS. Recordemos, na mesma linha, que a maior parte dos hospitais e leitos hospitalares é pertencente à iniciativa privada, isto é, aproximadamente três quartos dos leitos hospitalares do País. Temos, portanto, uma situação em que o fundo público acaba sendo transferido para apropriação privada, em algum grau, mesmo que em nome do supremo benefício da assistência hospitalar à população.¹⁶⁹

Assim, enquanto o paradigma protetivo se ocupa da vulnerabilidade, o paradigma do equilíbrio identifica situações em que há, em decorrência de vulnerabilidade ou não, uma situação que caracteriza exploração ou apropriação indébita, uma situação na qual se exige a emissão de juízo quanto ao equilíbrio entre as prestações recíprocas nas relações bilaterais e multilaterais

Ampliando ainda mais o paradigma protetivo, com o olhar apurado de Íris Marión Young e o discurso contra-hegemônico sobre as ciências capitaneado pelo prolífico trabalho de Boaventura Sousa Santos, também cabe no portal dos paradigmas a “ecologia dos saberes”, que se torna relevante na medida em que amplia o uso do do direito e da justiça para afirmação identitária de raça, gênero, opção sexual, etc., e, principalmente, representa a presença, no discursos jurídico, de racionalidades que superem a monocultura do saber científico, o patriarcalismo, o racismo e todas as ideologias que sustentam processos de opressão. Quanto mais os discursos originários de epistemologias contra-hegemônicas têm sucesso nos tribunais, mais evidentes se tornam os efeitos perversos do imperialismo cultural.

Para a teórica feminista, o imperialismo cultural é uma das formas de opressão, que se caracteriza por determinar a universalização da cultura de um grupo dominante, impondo-se como norma. Como consequência, as formas hegemônicas de pensar e agir no mundo tornam invisíveis as visões particulares dos grupos enfraquecidos e os aprisionam em estereótipos que os inferiorizam ainda mais, no papel do “outro”, o não igual. “A-normal”.

A principal fonte do imperialismo cultural pode ser identificada no acesso privilegiado que alguns grupos têm ao fenômeno apontado por Nancy Fraser como “vias de interpretação e comunicação de uma sociedade”¹⁷⁰. Os produtos culturais distribuídos, expostos (impostos) de forma massificada reproduzem a experiência, os valores, os objetivos e conquistas do

¹⁶⁹ ACIOLE, 2006, p. 256.

¹⁷⁰ YOUNG, 1990, p. 103.

grupo dominante, que projeta suas próprias experiências como representativas da humanidade. Reproduzem, igualmente, preconceitos em relação a outros grupos.

No caso da assistência à saúde, o modelo hegemônico se apresenta como a única opção, e não como uma alternativa a mais. É bastante comum, nos processos judiciais, que o médico assistente apresente a linha terapêutica prescrita como sendo a única existente, insubstituível. Todas as outras, qualificadas como "alternativas", são solenemente desprezadas. De igual forma, as políticas que incorporam conhecimentos tradicionais e as que se destinam a grupos específicos são escassas e, quando existentes, pouco visíveis e dotadas de escassos recursos para sua implementação. É forte a utilização dos meios de comunicação de massa para estereotipar e invalidar os métodos tradicionais de atenção à saúde e conhecida a situação das chamadas “doenças negligenciadas” – malária, doença de Chagas, leishmaniose, dengue, esquistossomose, entre outras –, que figuram entre as principais causas de morbidade e mortalidade em todo o mundo e não recebem financiamento adequado porque atingem populações e etnias empobrecidas.

A imposição do modelo de atenção à saúde que atende ao interesse da indústria utiliza-se principalmente da publicidade para desqualificar os conhecimentos e práticas rivais e impor um modelo de atenção orientado para o lucro. O objetivo é a exploração, com a criação de desejos e expectativas a partir da fetichização de produtos. O que é apresentado ao cidadão, usuário ou consumidor, como uma vantagem, como a única alternativa para a “cura”, como via de acesso à juventude e à beleza, constitui mera estratégia para ampliar os lucros da indústria.

De certo ponto de vista, os publicitários são pessoas que se apropriam de determinados conhecimentos e habilidades, criados por uma arte e ciência reais, para utilizá-los contra o público, com o intuito de levar vantagens comerciais. Essa posição hostil é raramente declarada na propaganda geral da publicidade, na qual a ênfase normal está na ética do consumo cego (“A publicidade leva você às coisas boas da vida”), mas é comum nas campanhas publicitárias para clientes.¹⁷¹

O imperialismo cultural constitui forte obstáculo à emancipação. Não lhe interessa a democracia, a participação, o efetivo debate entre os cidadãos destinatários e titulares de direito à saúde. Quando os meios de comunicação de massa orientam a edição de seus produtos para expor, de forma espetacular, apenas os problemas e fracassos do sistema público de saúde e, concomitantemente, com o rótulo de “inovações científicas”, apresentam novos fármacos e linhas terapêuticas desenvolvidas pela indústria, configura-se uma situação

¹⁷¹ WILLIAMS, 2011, p. 258.

de opressão que deve ser reconhecida.

O controle da publicidade dos medicamentos, por essa perspectiva, constitui medida que se alinha com o paradigma da ecologia dos saberes, ou seja, a garantia de que todas as formas de conhecimento em relação à atenção à saúde sejam valorizadas e discutidas, com o controle social e a proteção dos saberes tradicionais, do patrimônio cultural das comunidades. O abuso da publicidade inibe a participação consciente do cidadão na elaboração e controle das políticas de saúde, obstruindo o exercício da cidadania.

A publicidade é a consequência de um fracasso social para encontrar meios de informação e decisão públicas para toda uma ampla gama da vida econômica cotidiana. Esse fracasso, evidentemente, não é abstrato. É o resultado da permissão de que o controle dos meios de produção e de distribuição seja mantido nas mãos de uma minoria.¹⁷²

Ao discutir a proposta de uma ecologia dos saberes, que identifica como meio de superação do imperialismo cultural, Boaventura Sousa Santos enfatiza que todo conhecimento cria a respectiva ignorância. Significativamente, como forma de opressão e perpetuação dos sistemas de dominação e controle, transmite-se a impressão de que o conhecimento sobre saúde é matéria restrita a expertos, e o cidadão comum só pode conformar-se com o papel de “paciente”, de “ignorante”, totalmente submisso à “verdade incontestável” identificada por meio de sofisticados exames diagnósticos.

Começa hoje a reconhecer-se que o conhecimento científico atual impõe como única possível interpretação da realidade uma cosmovisão que é imposta como explicação global do mundo anulando a possibilidade de complementaridade entre saberes. Esta maneira de analisar o saber científico enquanto forma de localismo globalizado permite verificar que um dos aspectos da crise do saber científico moderno assenta no fato de este continuar a perpetuar a relação de desigualdade colonial, recorrendo à aposta numa monocultura do saber. Nos debates que têm tido lugar sobre o papel dos “outros” conhecimentos e a sua ligação ao universo monocultural da ciência, o conhecimento local é normalmente representado como estando, de uma ou outra maneira, em oposição ao conhecimento moderno.¹⁷³

Íris Marion Young apresenta como paradoxal o efeito do imperialismo cultural que, simultaneamente, apresenta o conhecimento científico como se fosse o único, o conhecimento “total”, e torna invisível todas as diferentes formas de conhecimento. O processo de invisibilização se dá quando os grupos dominantes se negam a reconhecer que sua perspectiva é apenas mais uma, entre muitas perspectivas possíveis, ou quando reservam pouquíssimo espaço para qualquer expressão cultural de outros coletivos, desqualificando seus valores e

¹⁷² WILLIAMS, 2011, p. 263.

¹⁷³ SANTOS, 2004, p. 28.

formas de expressão. Por outro lado, especialmente por meio da publicidade, impõem aos grupos oprimidos sua forma de ver o mundo, apresentando-a como sendo a única racional.

No âmbito do mercado, o total de dinheiro gasto na “fabricação de desejos” e no estímulo ao consumo vem aumentando ano a ano. O apelo no marketing de massa baseado nas idéias de Freud começou a perder forma em momentos posteriores do século 20, mas, mais recentemente, a invenção de técnicas sofisticadas como o escaneamento cerebral, revigorou o uso da análise subconsciente no campo do neuromarketing. O uso do marketing de massa na promoção de um consumo mais voraz está tão disseminado que hoje o julgamos parte normal de nosso cotidiano. Há 34 anos, o morador médio de uma cidade assistia a cerca de 2 mil mensagens publicitárias por dia. Segundo o New York Times, hoje esse número chega a 5 mil.¹⁷⁴

O paradigma da ecologia dos saberes identifica-se com a compreensão do direito da saúde sob perspectiva crítica que, consciente do imperialismo cultural como forma de opressão, preocupa-se em identificar e valorizar os discursos e os correspondentes processos de luta para que as todas as formas de conhecimento orientadas para a promoção da saúde sejam garantidas.

O paradigma consequencialista compreende os juízos que estabelecem ponderações em torno das consequências coletivas da ação individual. A perspectiva é coletiva. Todavia, diferentemente do paradigma coletivo, que se ocupa de interesses de grupos e bens coletivos, o paradigma consequencialista sustenta que a aplicação ilimitada dos direitos individuais (paradigma protetivo, aqui ampliado pelas perspectivas do equilíbrio e da ecologia dos saberes), “somada a uma profunda desconexão entre o público e o privado”, criaria situação insustentável. Lorenzetti sublinha que “enquanto o paradigma protetivo provoca um aumento nos direitos, o consequencialista acentua os deveres, ou seja, os limites”¹⁷⁵.

Trata-se de um discurso frequente nas ações judiciais referentes à saúde, especialmente nos pedidos individuais. O gestor de saúde alega que não pode prover a necessidade individual sem prejuízo do coletivo, sem prejuízo da execução das políticas de saúde. Em geral, a discussão se limita ao aspecto econômico, com a alegação de limites orçamentários e invocação da teoria da “reserva do possível”, que, em síntese, subordina a implementação dos direitos materiais à suposta capacidade financeira do Estado.

Lorenzetti vai além. Após discutir o aspecto econômico do consequencialismo a partir da análise econômica do direito, amplia sua incidência para outras esferas. Quanto à perspectiva econômica, refuta a interpretação liberal que, em processo de “simplificação

¹⁷⁴ GORE, 2013, p. 167.

¹⁷⁵ LORENZETTI, 2011, p. 305.

apriorística injustificada”, subordina o direito à economia e apresenta a desregulação como panaceia necessária. Também em face das consequências econômicas do reconhecimento do direito à saúde, observa que a eventual redução de gastos pode resultar em aumento de custos e que, em muitos casos, observam-se interpretações interessadas e propagantísticas, alertando quanto a simplificações dogmáticas que não atentam para a complexidade do tema.

Baixar os custos para um setor importa transportá-los para outro que os suporte. Isso pode ser realizado porque o direito considera justo, mas para tomar essa decisão necessitamos do direito e não da economia. Por outro lado, a economia persegue a eficiência, que é a busca de um ponto ótimo, e não o deslocamento da ineficiência.¹⁷⁶

Embora a abordagem mais comum seja a econômica, que calcula consequências utilizando a racionalidade dos números, o paradigma consequencialista é bastante mais amplo e permeia várias linhas de reflexão. Trata-se, não se pode negar, de uma perspectiva coletiva, que toma como ponto de partida um “suporte fático estrutural”, mais amplo que o “suporte fático bilateral” dos direitos subjetivos. No enfoque consequencialista, os bens coletivos funcionam como limite aos direitos individuais. O problema é definir os critérios para a ponderação dos conflitos entre interesses individuais e interesses coletivos.

Quanto mais se expande o paradigma protetivo, como fazemos aqui, ao destacar as dimensões do equilíbrio e da ecologia de saberes, maior a tensão. Especialmente porque, embora o paradigma protetivo possa funcionar junto com o coletivo – proteção coletiva –, o hábito de lidar com conflitos bilaterais de forma individualista, a pressão dos direitos individuais obstrui o desenvolvimento do direito coletivo. Lorenzetti entende que a desordem provocada pela expansão dos paradigmas é “necessária, criadora e inovadora” e propõe uma “ancoragem” na recuperação dos valores, com ênfase nos bens e valores coletivos, como forma de afastar as objeções que tentam amarrar, fixar ou combater a expansão dos direitos.

A racionalidade coletiva pressupõe direitos individuais orientados para o fim social. Na Constituição brasileira, a ancoragem pode orientar-se pelo art. 3º, que reconhece a desigualdade e as várias formas de discriminação para eleger a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a promoção do bem de todos, sem discriminação, como objetivos fundamentais, propondo-se a construir uma sociedade livre, justa e solidária. O direito de cada um – proclama o mestre argentino, fazendo eco à lição de Karl Larens – está conectado com o correlativo dever de respeitar todos os demais como pessoas.

¹⁷⁶ LORENZETTI, 2011, p. 189.

Não se trata de absorver o individual no público, mas sim de adotar uma perspectiva pública que permita a convivência social, estabelecendo competências e limites. Esse caráter restritivo impede a imposição de valores aos demais e permite a manutenção no campo daqueles que são fundantes e elementares. Desse modo, começariam a ser revitalizados alguns valores que estão quase esquecidos, conquistando uma relevância normativa “referencial”.¹⁷⁷

As reflexões em torno do paradigma consequencialista reforçam a convicção de que os direitos coletivos devem ser ponderados em todos os casos, visto que as ações individuais sempre produzem consequências externas que devem ser consideradas na interpretação e na aplicação do direito. Lorenzetti alerta que as soluções são relacionais: o que se dá a um indivíduo ou grupo é perdido por outro, devido ao princípio da escassez. A compreensão dos aspectos relacionais do indivíduo, dos direitos individuais e do sistema jurídico é necessária para as decisões de caráter distributivo.

Conclui-se, enfim, que um dos índices mais seguros para “verificar a razoabilidade da inteligência de uma norma”, sua posição no sistema e, naturalmente, sua melhor aplicação, é a consideração de suas consequências.

A seguir, agrupam-se os juízos que giram em torno da concepção de estado de direito constitucional. O paradigma tem um aspecto abstrato, na medida em que se funda em princípios e valores que, embora sejam conhecidos e objeto de largo consenso, não correspondem completamente à prática: a limitação do poder e a implementação de mecanismos de redução das desigualdades sociais. Assim, Lorenzetti coloca em destaque a compreensão de que o direito é um limite ao poder, “público e privado, seja este de natureza política, econômica ou cognoscitiva”¹⁷⁸.

A concepção de estado de direito constitucional, no modelo proposto, toma como ponto de partida a teoria da justiça de John Rawls, que se alinha com uma concepção ascendente da formação da vontade política e recorre ao acordo hipotético em torno dos princípios morais aceitos por pessoas livres, iguais e racionais. A teoria crítica apresenta objeções ao modelo teórico e propõe aperfeiçoamentos. Todavia, para efeito da crítica dos juízos emitidos, toma-se como ponto de partida o modelo hegemônico, centrado na Constituição e, principalmente, nos institutos desenvolvidos para estabelecer limites ao poder.

Por outro lado, em perspectiva prática, também recolhe elementos dos processos de luta. Se os mecanismos de limitação do poder funcionam precariamente ou os mecanismos de participação nos processos decisórios mostram-se pouco efetivos, nas várias dimensões do

¹⁷⁷ LORENZETTI: 2011, p. 314.

¹⁷⁸ LORENZETTI, 2001, p. 322.

poder estatal, o processo de judicialização da saúde tem contribuído para expor as lacunas e omissões das políticas públicas e mobilizado importantes grupos, que, de forma ascendente, passam a influenciar nas decisões e fiscalizar a execução dos programas governamentais. Lorenzetti expõe, para fins didáticos, uma concepção de direito “descendente” e outra “ascendente”.

No modelo descendente as noções básicas da sociedade surgem da decisão de uma autoridade central que domina e impõe as suas idéias, enquanto no modelo ascendente surgem do acordo entre os cidadãos. Da mesma forma, no primeiro há concentração, enquanto no segundo há descentralização. No modelo descendente há homogeneidade e no ascendente há diversidade. No modelo descendente há exclusão de grupos, enquanto o ascendente busca a integração. No modelo descendente há resultados pacificadores no prazo imediato, mas tensões a longo prazo. No modelo ascendente, pelo contrário, há dificuldades iniciais no consenso, mas uma vez alcançado, é mais duradouro.¹⁷⁹

De qualquer forma, independentemente de críticas que se possam fazer ao modelo de democracia representativa, o ponto fundamental para a identificação de discursos alinhados com o paradigma do estado de direito constitucional é a necessidade de limitação do poder, por um lado, e a valorização das iniciativas diretas da população que, apesar da carência de poder, rompe os bloqueios ideológicos para expor suas posições.

Tanto se trata da limitação do poder político – com o aperfeiçoamento das garantias do indivíduo em face do Estado, que pressupõe acordos prévios em torno dos direitos humanos, a descentralização do poder, a participação popular nos processos decisórios, etc. – quanto da limitação do poder privado por meio de aplicação dos princípios da prevenção e da precaução, dos mecanismos de controle de cláusulas contratuais abusivas, e de promoção da cláusula geral da boa-fé, do combate ao abuso de direito, dos deveres de informação, etc.

Por outro lado, o paradigma do estado de direito constitucional pode ser identificado também nas ações e discursos que valorizam e garantem a participação direta dos grupos – especialmente dos grupos menos empoderados – nos processos de tomada de decisão. A Constituição brasileira estabeleceu um modelo de democracia que coloca a forma representativa ao lado dos mecanismos de participação direta.

Tanto em um quanto em outro aspecto, o paradigma do estado de direito constitucional tem como pressuposto a necessidade de imposição de limites ao poder público e privado, poder esse que se manifesta nos planos político, econômico e cognoscitivo. Historicamente, as lutas desenvolvidas nos últimos séculos pela limitação do poder político se bateram

¹⁷⁹ LORENZETTI, 2011, p. 325.

inicialmente contra o poder absoluto dos reis, criando mecanismos de limitação que foram registrados nas cartas constitucionais. Depois, com o desenvolvimento do capitalismo, o poder privado fortaleceu-se e seu controle passou a ser necessário ao enfrentamento de crescentes abusos.

No Brasil, a “participação da comunidade” na organização do SUS foi garantida pela Constituição da República (art. 198, III) e institucionalizada pela Lei Orgânica da Saúde por meio de Conselhos e Conferências de Saúde, em todas as esferas de governo. Apesar disso, os Conselhos de Saúde jamais tiveram efetivo poder deliberativo e as Conferências, dominadas pelos tecnocratas, pouco recolhem do conhecimento popular. Entre os discursos e práticas que se colocam contra a concentração de poder e a influência – por vezes perversa, mas sempre interessada –, do poder econômico privado, emerge o paradigma do estado de direito constitucional.

Algumas decisões sobre as políticas de saúde são tomadas pelo parlamento. A maioria, porém, cabe ao Poder Executivo, que organiza protocolos assistenciais, elabora listas de medicamentos e procedimentos e provê, com financiamento, a criação e manutenção da estrutura de atendimento, pública e privada, além das próprias ações e serviços de saúde. A concentração do processo decisório favorece a ação dos grupos econômicos, que impõem seus modelos de atenção.

Os sistemas representativos das atuais democracias padecem uma crise generalizada, marcada pela brecha entre representantes e representados. Os governos atuam como democracias delegativas, nas quais existe legitimidade de origem, mas não de procedimento. As grandes decisões sociopolíticas e econômicas não se elaboram nem se resolvem nos parlamentos. Estes, no melhor dos casos, apenas as legitimam, quando já haviam sido tomadas em outros âmbitos.¹⁸⁰

O paradigma do estado de direito constitucional respalda ações visando ao fortalecimento, não apenas dos Conselhos e Conferências de Saúde, mas principalmente de todas as iniciativas voltadas ao empoderamento coletivo, tais como a atuação de associações, o orçamento participativo, as consultas populares, etc.

Completa-se o rol com o paradigma ambiental, que, embora seja dos mais recentes, emerge como o mais impactante e se sobrepõe a todos os demais. Não se trata da “questão ambiental”, tampouco do direito ambiental; não se trata somente do impacto dos problemas ambientais sobre os vários ramos do direito. O fato é que os problemas relativos ao meio ambiente produziram “um redimensionamento do nosso modo de examinar o direito” que

¹⁸⁰ CÁRCOVA, 2008, p. 100.

“não suscita uma mutação somente disciplinar, mas também epistemológica”. Daí a afirmação de que o paradigma ambiental “atua como um princípio organizativo do pensamento retórico, analítico e protetivo, que se vincula com a interação sistemática e com os enfoques holísticos”¹⁸¹.

Enquanto os demais paradigmas permeiam questões distributivas e se assentam em torno da igualdade e da liberdade, o paradigma ambiental vai além. Embora possa ser visto a partir dos problemas do indivíduo, reproduzindo o modelo antropocêntrico que ainda é hegemônico na dogmática jurídica, o paradigma ambiental tende a expandir-se para que se inclua a própria natureza como sujeito de direito. É um novo cenário para os conflitos em que os bens pertencentes à esfera coletiva do “ambiente” se opõem aos individuais, “dando preeminência aos primeiros”¹⁸².

A partir da interpretação sistemática da Constituição brasileira, Gregório Assagra de Almeida defende uma teoria geral da cidadania coletiva solidarista do tipo biocentrista, que conduz à revisão de valores e necessidades comprometida com a sobrevivência do planeta e de todas as espécies, que se encontram em situação de risco.

Essa concepção de cidadania coletiva solidarista/biocentrista tem amparo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Os seus fundamentos estão a) no art. 1º, que consagra o princípio democrático e a dignidade da pessoa humana; b) no art. 3º, que estabelece como objetivos da República Federativa do Brasil a solidariedade coletiva; c) no Capítulo I do Título II, que arrola o Direito Coletivo como espécie de direito constitucional fundamental; e d) no art. 225, que garante a todos e, portanto, sem vinculação absoluta ao ser humano o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado [...].¹⁸³

A qualidade da água e do ar tem impacto direto sobre a saúde individual e coletiva, circunstância que inclui o paradigma ambiental nas análises relativas ao direito da saúde. Da mesma forma, o problema do lixo e da produção de alimentos e de sua circulação, comercialização e consumo, que interessam diretamente à saúde, pode enquadrar-se nessa reduzida perspectiva. Todavia, o problema vai além. No último século, a conjugação de crescimento demográfico com o uso intensivo de tecnologias poluentes e o persistente descaso dos poderes hegemônicos com a preservação ambiental causou sérios danos ao planeta.

Em consequência, a civilização humana entra em choque com o mundo natural, causando graves danos a sistemas importantes, que garantem a prosperidade de nossa espécie. Não faltam sinais desta colisão: a extinção estimada de 20% a 50%

¹⁸¹ LORENZETTI, 2011, p. 340.

¹⁸² LORENZETTI, 2011, p. 341.

¹⁸³ ALMEIDA, 2008, p. 594.

das espécies do planeta ainda neste século; a destruição das maiores e mais importantes florestas do mundo; a acidificação dos oceanos, com a eliminação de importantes espécies de peixes e a eminente perda dos recifes; o acúmulo de antigos resíduos químicos tóxicos que representam uma ameaça persistente ao ser humano e a outras formas de vida; o desgaste do solo e dos lençóis freáticos em ritmo insustentável; e muito mais.¹⁸⁴

Coerentemente, o ambiente deixa de figurar como sujeito passivo da regulação, para assumir o papel de protagonista, condicionando e determinando as ações. Isso tem impacto na legislação que cuida do acesso aos recursos naturais, tradicionalmente vinculada aos direitos reais (água, ar, solo, flora, fauna, etc.); nos diversos ramos do direito, que incorporam a questão ambiental (direito do trabalho ambiental, direito civil ambiental, direito administrativo ambiental, direito constitucional ambiental, direito penal ambiental, etc.) e na crescente necessidade de análise interdisciplinar dos problemas.

As discussões em torno do Código Florestal brasileiro, por exemplo, convocam a análise e a intervenção de várias disciplinas e foi objeto de intensas discussões na Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência¹⁸⁵. O problema do desmatamento é debatido do ponto de vista econômico, social, biológico e jurídico, evidenciando uma situação na qual “não são as disciplinas que moldam o objeto, mas sim o problema que convoca as disciplinas”¹⁸⁶.

Dada a convergência entre o bem saúde e o bem ambiental, o paradigma ambiental pode ser identificado em muitas ações coletivas que tratam de direito à saúde. No âmbito da vigilância à saúde, são comuns as ações visando ao monitoramento da qualidade dos alimentos (vigilância sanitária), do controle de endemias (vigilância epidemiológica), da água e do ar (vigilância ambiental). Tornaram-se também comuns as discussões em torno das antenas utilizadas pelo serviço de telefonia móvel, com crescente insegurança da população em relação à instalação de Estações de Rádio Base. Nos acostumamos aos telefones celulares, aos equipamentos sem fio, com tecnologia *wi-fi* e *bluetooth*, mas não podemos, apesar disso, fechar os olhos aos comprovados danos que tais aparelhos causam à saúde humana. Como diz o Professor Ulrich Beck, famoso por expor, com profundidade, as características da sociedade de risco, não podemos nos habituar com esse quadro, supondo que o pior não acontecerá. As consequências da modernização que ameaçam a sobrevivência seguem um roteiro básico universalizado e igualitário e incide, de forma irreversível, sobre a saúde.

Sua institucionalização, que aliás é possível, como temos visto, incide com danos

¹⁸⁴ GORE, 2013, p. 291.

¹⁸⁵ <<http://www.sbpnet.org.br/site/publicacoes/outras-publicacoes/codigo-florestal.php>> Acesso em: 09.07.2015.

¹⁸⁶ LORENZETTI, 2011, p. 342.

irreversíveis sobre a saúde de todos. “Saúde” é certamente um valor cultural altamente estimado, mas ele também é – mais do que isto – justamente condição prévia da vida (e da sobrevivência). A universalização das ameaças à saúde gera um acúmulo constante e ubíquo de ameaças que, com firmeza característica, trespassam o sistema econômico e político. [...] Neste caso, ao menos na dimensão mais profunda, que também é violada, levanta-se a questão sobre por quanto tempo ainda as listas negras das espécies vegetais e animais ameaçadas de extinção poderão ser limitadas a espécies vegetais e animais. Pode ser que estejamos no início de um processo histórico de acomodação. Pode ser que a próxima geração, ou a seguinte, já nem se inquiete com imagens de bebês deformados, semelhantes às que atualmente correm o mundo mostrando peixes e aves repletos de tumores, como é o caso hoje em dia diante de valores violados, da nova pobreza e dos constantemente altos níveis de desemprego em massa.¹⁸⁷

Da mesma forma que a violência, a exclusão, a exploração e o imperialismo cultural são banalizados, os danos coletivos causados à saúde e ao meio ambiente são invisibilizados e as correspondentes reações permanecem escassas e tímidas. As empresas e governos responsáveis por ações e omissões que causam esses danos utilizam os meios de comunicação para negar, falsear ou ocultar dados que demonstram o nexo de causalidade entre suas ações e os resultados indesejados. Daí a necessidade de mudança na cultura da responsabilidade, que passa a orientar-se por novos princípios.

O paradigma ambiental manifesta-se fortemente com a aplicação dos princípios da prevenção – que impõe a obrigação de evitar que ocorram danos – e da precaução – que reforça ainda mais a obrigação de evitar o dano, impondo a obrigação de agir mesmo quando as informações científicas não são completas. A essência do princípio da precaução, diz Herrera Flores, é que a sociedade civil, ecologicamente articulada, não pode esperar até que se conheçam todas as respostas em relação aos problemas que suscitam as inovações tecnológicas: é preciso tomar medidas que protejam a saúde humana e o meio ambiente dos potenciais danos que vêm associados a tais inovações. E é preciso fazer isso com a maior rapidez e efetividade possíveis.

El crecimiento de los movimientos ecologistas unidos a las reivindicaciones de consumidores, de asociaciones sobre la necesidad de una salud equilibrada, o de una mayor o mejor información acerca de lo que ingerimos, ha propiciado un interés creciente por las alteraciones ambientales, por los elementos que se usan en los tratamientos industriales de los productos, por la extensión de los recursos renovables y no renovables, por los niveles excesivos de consumo, etc. La esencia, pues, del “principio de precaución” es que la sociedad civil, articulada ecológicamente, no puede esperar hasta que se conozcan todas las respuestas frente a los problemas que suscitan las innovaciones tecnológicas en los temas antes citados; es preciso, pues, tomar medidas que protejan la salud humana o el medio ambiente de los daños potenciales que pueden estar implícitamente unidos a dichas

¹⁸⁷ BECK, 2010, p. 102.

innovaciones y hacerlo con la mayor rapidez y efectividad posibles.¹⁸⁸

Tanto quanto o direito de propriedade, a liberdade de iniciativa tem seus limites definidos pelo art. 170 da Constituição brasileira, que, em seu inciso VI, contempla, literalmente, a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (cf. EC 42/2003).

I.2.5 A construção de garantias para o direito à saúde

A compreensão do direito à saúde como um processo cultural, no bojo de uma teoria crítica dos direitos humanos, conduz ao questionamento quanto aos meios necessários para sua efetiva concretização, suas garantias. O caminho para evitar que a abstração se torne uma barreira à realização da saúde, como bem, e que o direito seja ao mesmo tempo o instrumento e o marco para sua efetivação, para assegurar que a teoria se transforme em prática, exige atenção às garantias, aos instrumentos de implementação.

Os processos de luta experimentados nos últimos séculos, que culminaram na concepção e na prática – ainda que restrita a alguns territórios, no século XX – de um estado social de direito, têm sido alvo de insistentes ataques, e os retrocessos mostram-se constantes nas últimas décadas, com a implantação de reformas neoliberais que gradativamente suprimem direitos sociais formalmente reconhecidos. Assim, as condições de trabalho, a previdência, a saúde e tantas outras conquistas que foram objeto de luta têm sido subtraídas, em prejuízo do cidadão, e transferidas para a esfera privada, a serviço do capital.

Na Espanha, submetida a medidas de austeridade após as sucessivas crises decorrentes do *boom* do endividamento, a partir de 2008 excluiu os imigrantes ilegais, alterou o rol de serviços de saúde oferecidos, ampliou os copagamentos e incorporou mudanças na regulação da assistência farmacêutica¹⁸⁹. Antes, o sistema de acesso universal garantia coberturas amplas com amparo na Constituição de 1978 e na legislação que organizou o Sistema Nacional de Salud (SNS), em 1986. A Grécia, mesmo após o plebiscito que disse não às medidas de ajuste impostas pela Troika (Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional), cedeu à pressão dos bancos e comprometeu-se com um programa

¹⁸⁸ HERRERA FLORES, 2005a, p. 338/339.

¹⁸⁹ GIOVANELLA e STEGMULLER, 2014, In: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v30n11/pt_0102-311X-csp-30-11-2263.pdf> Acesso em: 13.07.2015.

duríssimo de austeridade e privatizações, em prejuízo dos trabalhadores e dos assistidos pela previdência social. No Brasil, onde o orçamento da saúde mantém-se historicamente em torno de 1,7% do PIB, com pequenas variações desde 1995 no orçamento aprovado para 2015, de R\$ 103,2 bilhões, sofreu um corte de R\$ 11,8 bilhões, por força do ajuste fiscal aprovado pelo Congresso Nacional, reduzindo-se para R\$ 91,5 bilhões, valor inferior ao gasto executado em 2014, que foi de R\$ 91,9 bilhões.

Nos três casos, que são o exemplo do que atualmente ocorre em muitos outros países, as medidas de austeridade são impostas com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações assumidas com os bancos. Os governos assumem dívidas e transferem o ônus para a população na forma de supressão de direitos sociais conquistados. A racionalidade se ampara na concepção de liberdade que tem suporte na autonomia e impõe, incondicionalmente, a obrigatoriedade de cumprimento daquilo que foi pactuado. O erro se funda na concepção de liberdade que sustenta a ideologia hegemônica.

Se o objetivo é garantir o acesso de todos à saúde, de forma não hierarquizada, o conceito de liberdade deve ser revisto e expurgado de aspectos individualistas que não reconhecem a liberdade do outro. É o que se espera, igualmente, com a compreensão do direito à saúde no âmbito coletivo. A tutela coletiva de direitos não se harmoniza com concepções individualistas de liberdade, que reduzem tudo à esfera da autonomia irresponsável.

Nuestra libertad comienza donde y cuando comienza la del otro. Éste reclama nuestra libertad para poder ejercer la suya; y nosotros reclamamos su libertad para poder ejercer la nuestra. Por consiguiente, cuanto más experimentemos nuestra libertad, más reconoceremos la del otro. [...] Por tales razones, el objeto de una teoría crítica y contextualizada de los derechos supone recuperar este mundo mostrándolo tal cual es: es decir un mundo en el que la fuente de mi libertad es la libertad de los demás.¹⁹⁰

O manejo do direito à saúde enquanto processo cultural começa com o reconhecimento dos processos de luta nos quais se identificam seus fundamentos materiais. As necessidades humanas definiram as pautas que convergiram para a concepção do estado social de direito e a consequente organização de serviços públicos de saúde. A revolução industrial foi a causa da urbanização e do surgimento de problemas de saúde coletiva que exigiram atuação estatal. Posteriormente, com o incremento da tecnologia e dos riscos associados à produção e ao consumo massificados, mais problemas de saúde foram

¹⁹⁰ HERRERA FLORES, 2005b, p. 186.

identificados. Agora, com a bandeira da privatização, o mesmo modelo de desenvolvimento que é causa dos novos problemas de saúde transforma a saúde em mercadoria, suprimindo o resultado dos processos de luta que resultaram no reconhecimento dos direitos.

No Brasil, o marco constitucional não foi alterado. Saúde é direito de todos e dever do Estado. Todavia, a redução de recursos orçamentários imposta pelo pacote fiscal equivale à supressão do direito. Não há como garantir saúde sem o correspondente financiamento. Além disso, o âmbito da exclusão é ainda maior. Nas últimas décadas, o financiamento da saúde dirigiu-se preponderantemente ao modelo de assistência imposto pela indústria, excluindo sistematicamente os saberes tradicionais e a participação popular.

Fica claro que a definição do direito à saúde, na Constituição e na lei, é insuficiente para garantir o efetivo acesso a esse bem essencial à vida digna.

Admitir que o direito cria direito significa cair na falácia do positivismo mais retrógrado que não sai de seu próprio círculo vicioso. Daí que, para nós, o problema não é como um direito se transforma em direito humano, mas sim como um “direito humano” consegue se transformar em direito, ou seja, como consegue obter a garantia jurídica para sua melhor implantação e efetividade.¹⁹¹

O desafio que se coloca é a identificação, reforço e construção de garantias capazes de obstruir as ações que visam à supressão dos direitos sociais e sua ampliação, para além do limitado raciocínio econômico, rumo à justa aspiração de vida digna.

Seguimos, com o direito à saúde, a proposta de Joaquín Herrera Flores na definição de direitos humanos como processos culturais. No lugar da abstração, utilizada pelas teorias hegemônicas, valorizam-se os processos de luta e suas consequências. Em apertada síntese, o mestre sevillano nos convida a investigar “o quê”, “por quê” e “para quê” direitos humanos.

A distinção entre o objeto – direitos humanos – e seu significado – causa e finalidade – evita a confusão entre os bens e os correspondentes direitos. Assim, primeiro devemos atentar para os bens exigíveis à vida digna, pois são eles que satisfazem as necessidades; os direitos vêm depois (o “o quê” dos direitos). Definido o objeto, o passo seguinte cuida de investigar o seu significado: direitos humanos são necessários para garantir o acesso aos bens, em uma realidade marcada pela divisão social, sexual, étnica e territorial, na qual a posição dos sujeitos determina o acesso, ou a exclusão, circunstância que a caracteriza como injusta e desigual (o “por quê” dos direitos); alerta finalmente que o aspecto teleológico, apontando a riqueza humana, a capacidade de fazer e desfazer mundos, como critério de valor (o “para quê” dos direitos).

¹⁹¹ HERRERA FLORES, 2009, p. 34.

Para nós, o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade.¹⁹²

Por esse motivo, iniciamos este capítulo discutindo a saúde, como bem, para chegarmos à compreensão dinâmica e complexa do direito à saúde como processo cultural. O direito à saúde, conforme aqui se propõe, é resultado de um processo de luta que permeia o desenvolvimento humano, rumo à dignidade. A busca de bem-estar – físico, psíquico, social e espiritual – é inerente à condição humana, em todos os tempos e em todas as culturas. Após o movimento que conduziu a uma concepção solidária, na qual a saúde é responsabilidade de todos (dever do Estado), influenciada pela vontade comum de reconstrução que marcou o período pós-guerra, quando foram criadas a ONU e a OMS, a reação de ideologias individualistas tenta apropriar-se das instituições de assistência e dos produtos de interesse da saúde, promovendo sua privatização.

O marco legal – “saúde é direito de todos e dever do Estado” – é insuficiente. As políticas de saúde e a legislação respectiva, além dos mecanismos adotados para seu financiamento, carecem de revisão crítica que permita identificar os fatores que gradativamente subtraem as ações e serviços da esfera pública e as transferem para o espaço do mercado; que substituem o ideal de solidariedade social por mecanismos de exploração e ampliação dos lucros de grandes grupos privados. No Brasil, o fenômeno da judicialização da saúde transformou o processo judicial em trincheira de luta na qual combatem, lado a lado, interesses afinados com a vida digna e interesses privados, que garantem lucro aos detentores de patentes.

As concessões até o momento logradas no Acordo Doha sobre Saúde Pública são conquistas importantes no marco da OMC, mas, após cinco anos desde sua implementação, frustraram expectativas otimistas por não demonstrar qualquer avanço nas estatísticas de proteção de populações pobres. Não apenas isso, com também informes de OXFAM indicam o perverso retrocesso da saúde pública no mundo mais pobre, apontando como causa as barreiras de acesso derivadas das patentes de medicamentos.¹⁹³

Grande parte das ações judiciais contém pedidos de medicamentos. É plausível que muitos pedidos correspondam a necessidades reais de medicamentos que sejam eficazes para a patologia diagnosticada. Há, porém, muitos casos em que são formulados pedidos de medicamentos de marca, medicamentos experimentais e até produtos não registrados na

¹⁹² HERRERA FLORES, 2009, p. 39.

¹⁹³ PRONER, 2007, p. 109.

Anvisa. Confunde-se o direito à saúde com o direito a um determinado medicamento em procedimentos judiciais estimulados pelo interesse da indústria na colocação do produto no mercado ou em sua inclusão no rol de compras públicas da União, Estados e Municípios.

Embora a medicalização possa ser considerada um fenômeno cultural, estimulado pela publicidade da indústria, o direito à saúde enquanto processo cultural é algo maior. Identificados, ou não, como “saúde”, todos os processos que visam a sua promoção, proteção e recuperação, tanto quanto a busca de bem-estar físico, psíquico, social e espiritual, por todos os meios possíveis, devem ser valorizados, não se justificando o acesso privilegiado do modelo de assistência oferecido no mercado aos sistemas de financiamento público e privado.

No plano epistemológico, muitos processos de luta são tornados invisíveis e sistematicamente desvalorizados. Os sistemas de saúde indígena, os conhecimentos populares de fitoterapia, práticas milenares como o ayurveda e as medicina tradicional chinesa, práticas espirituais de cura, de religiões diversas, enfim, a sabedoria popular quanto aos pressupostos da vida saudável participam de forma insignificante nas políticas públicas, embora tenham presença considerável no cotidiano das comunidades e das famílias.

Todas essas dinâmicas sociais devem ser reconhecidas e valorizadas pelo direito, que, como processo cultural, não pode subordinar-se à visão de mundo orientada por interesses econômicos é que desqualificam o conhecimento e as práticas tradicionais. A saúde como direito e, coerentemente, a judicialização da saúde, sob perspectiva crítica, valoriza o acesso, com dignidade, a todas as formas de garantia do bem-estar físico, psíquico, social e espiritual.

Por esse ângulo, a leitura da situação de saúde no Brasil confirma a elaboração teórica de Joaquín Herrera Flores, que, ao indagar sobre o “por quê” dos direitos, convida-nos a interpretar a realidade do acesso aos bens sob a ótica da divisão social, sexual, étnica e territorial.

O exemplo da osteoporose, mencionado no início deste Capítulo, demonstra a desigualdade no acesso decorrente da divisão social: somente um quarto das mulheres brasileiras que têm plano privado de saúde consegue acesso ao diagnóstico e ao tratamento. No sistema público, que atende aos empobrecidos, nem sequer são divulgados os números. Da mesma forma, persiste a discriminação que afasta a população negra, indígena, LGBT, com deficiência e em situação de rua dos serviços de saúde. Em Minas Gerais, Estado que conta quase 20 milhões de habitantes distribuídos em 586.528 quilômetros quadrados, a situação é bastante desigual nas 13 macrorregiões de saúde. A maior parte dos serviços e profissionais concentra-se na Capital, Belo Horizonte. As regiões ao Sul e Oeste contam com assistência bastante superior ao Norte e Nordeste, que, significativamente, apresentam os mais baixos

índices de desenvolvimento humano (IDH). Em 2003, diagnóstico realizado pelo governo no sistema hospitalar constatou a baixa qualidade dos serviços prestados e apontou uma série de causas para tal:

O diagnóstico realizado permitiu verificar que havia um excesso de hospitais; que a relação média leito por habitante era adequada, mas que faltavam leitos com capacidade resolutiva, situados estrategicamente nas cidades polo micro e macrorregionais; que o sistema operava com uma enorme ineficiência sistêmica, decorrente da presença relativa de hospitais de baixa escala; que as taxas de ocupação eram muito baixas; que havia diferenças regionais nos percentuais de internação que variavam de 6 a 8% da população por ano; que havia concentração da oferta com vazios assistenciais nas microrregiões e macrorregiões do estado, o que implicava custos sociais e econômicos para as pessoas e suas famílias na demanda hospitalar; que se desperdiçavam grande quantidade de recurso com internações por condições sensíveis à atenção ambulatorial; que o sistema operava com baixa capacidade gerencial; que a baixa escala dos hospitais levava a baixa qualidade dos serviços prestados; e que não havia, em geral, programas de melhoria da qualidade hospitalar.¹⁹⁴

O diagnóstico subsequente, resultado de políticas públicas direcionadas à correção dos problemas apontados, constatou melhora em diversos indicadores, mas não corrigiu a desigualdade regional, que persiste, com grande dificuldade para a fixação de profissionais de saúde nas regiões mais pobres. O governo federal instituiu o programa *Mais Médicos*, em outubro de 2013, com a finalidade de levar profissionais médicos à periferia das grandes cidades e ao interior. Embora inexistam dados precisos sobre seus resultados, há notícia de que teria ocorrido a ampliação do volume de consultas na atenção básica e redução dos encaminhamentos hospitalares. Trata-se de importantes políticas públicas que, não obstante isso, têm sido desenhadas e implementadas de forma centralizada, a partir dos governos centrais, e demonstram a perversa desigualdade regional, que se superpõe às desigualdades sexuais, étnicas e sociais.

Por fim, a interpretação chega ao terceiro nível, o “para quê” dos direitos. Se entendemos o direito à saúde como um processo de luta que se desenvolve como reação à injustiça e à desigualdade decorrentes da distribuição do acesso às ações e serviços de saúde por classe social, raça, sexo, etnia e região, é necessário definir as metas que se pretende alcançar.

Lutamos pela obtenção dos bens única e exclusivamente para sobreviver sejam quais forem as condições dessa sobrevivência? Ou, então, lutamos pela criação de condições materiais concretas que nos permitam uma satisfação “digna” dos mesmos?¹⁹⁵

¹⁹⁴ MENDES, 2009, p. 183.

¹⁹⁵ HERRERA FLORES, 2009, p. 36.

A indagação é séria, e coloca em dúvida o rumo que tomou a judicialização da saúde no Brasil, focada em ações individuais que visam ao acesso a produtos – em geral, medicamentos –, de forma desvinculada dos respectivos contextos e muitas vezes em dissonância com as políticas públicas. O objetivo deve ser claramente definido e expresso em ações orientadas para a vida digna.

Na primeira hipótese, confirmada pela proliferação de demandas individuais, cada um luta pela própria sobrevivência, sem qualquer consideração com as necessidades dos demais. A arena judicial se enche de indivíduos entrincheirados em seus direitos, sem compromisso ou responsabilidade com os demais, amparados no diagnóstico e na prescrição de um profissional liberal. Em situação diferente apresentam-se muitos que vão ao Judiciário pedir simplesmente que se cumpra uma política pública definida em protocolos assistenciais que, por omissão do gestor, financiamento deficiente ou escassez do produto ou serviço almejado, encontra-se inacessível.

Por outro lado, o ideal de dignidade estará sempre presente na demanda coletiva, precedida de ampla investigação que considera a desigualdade e a injustiça no acesso decorrente da distribuição social, sexual, étnica e territorial; que ouve os diversos grupos interessados; que pondera outros aspectos das necessidades comuns; que valoriza a ecologia dos saberes, identificando soluções eficientes no conhecimento tradicional, nas práticas alternativas e na confiança na capacidade criativa das comunidades.

Opondo-se à exegese que toma como ponto de partida o direito positivado, abstendo-se de discutir sua fundamentação, Herrera Flores insiste na necessidade de uma hermenêutica que alcance questões morais de modo a controlar as consequências perversas do modelo de distribuição orientado para o mercado e controlado pelo sistema financeiro internacional. Daí a persistente crítica às teorias que se limitam a tratar dos temas no plano abstrato e se ocupam de aspectos formais, deixando de reconhecer a opressão, em todas as suas formas, decorrente do processo global de acumulação do capital.

El problema reside en que al rechazar los fundamentos morales de los derechos y aceptar unicamente los derechos positivados constitucionalmente, Habermas — como Bobbio cuando defendía que lo importante para los derechos no era su justificación, sino su mera aplicación— están aceptando implícitamente una fundamentación moral que no llevan al debate, sino que se invisibiliza al ser aceptada como algo natural e inmodificable. Y esa fundamentación moral es la del liberalismo económico individualista, ideología dualista que separa los derechos humanos en dos esferas irreconciliables y defiende la imposibilidad de garantizar

jurídica e institucionalmente los derechos sociales, economicos y culturales.¹⁹⁶

Pode ser mais fácil limitar-se a interpretar e aplicar o direito no plano discursivo, a partir da interpretação literal dos textos. “Saúde é direito de todos e dever do Estado”, diz a Constituição brasileira. Bastaria aplicar a fórmula, e tudo estaria resolvido, sem a necessidade de questionamentos quanto às razões materiais e morais que levaram o constituinte ao consenso em torno dessa fórmula; aos processos de luta e mobilização coletiva; às epidemias que contaminaram e ainda atingem milhões de pessoas (dengue, aids, hepatites virais, etc.); à organização dos serviços públicos e privados de saúde; à formação, organização e hierarquização dos profissionais da saúde; às estratégias individuais e coletivas de preservação e conquista do bem-estar; aos fatores de risco e às causas das doenças e demais agravos à saúde, etc. Desvinculada de sua fundamentação, a aplicação da fórmula não exige ponderação entre saúde individual e saúde coletiva.

Situação diferente se apresenta quando o direito à saúde é examinado como um processo cultural, no âmbito coletivo. Nesse caso, a interpretação e a aplicação da lei necessariamente levam em consideração os contextos, a complexidade inerente aos problemas de saúde individuais e coletivos, buscando soluções comprometidas com os processos de luta pela vida digna.

Quando a perspectiva se resume ao aspecto formal, a racionalidade hegemônica na cultura jurídica ocidental tende a invisibilizar os deveres, abstendo-se de apreender a correlação direito-dever inerente às relações. Daí o culto à concepção individualista de “direito subjetivo”, a ênfase na autonomia individual e o apego à forma, como fonte de obrigações. Se o direito tem origem no texto – da Constituição, da lei ou do contrato –, desnecessário indagar sobre a fundamentação do correlato dever. Confrontando o modelo abstrato, a teoria crítica pondera a partir dos deveres, que enuncia a partir dos cinco “erres”: redistribuição, reconhecimento, reciprocidade, respeito e responsabilidade.

O dever de redistribuição está vinculado à busca de equidade, princípio da justiça distributiva, que se encontra implícito no artigo 3º da Constituição brasileira ao eleger a redução das desigualdades como um dos objetivos da República. O direito subjetivo à saúde, tanto na perspectiva individual quanto no plano coletivo, encontra um primeiro limite no dever de distribuição, ou redistribuição.

Depois, embora muito já se tenha discutido em torno de uma eventual hierarquia ou

¹⁹⁶ HERRERA FLORES, 2005b, p. 191.

suposta oposição entre reconhecimento e redistribuição, a nova noção de justiça social, engendrada a partir dos debates entre Íris Marión Young e Nancy Fraser, integra as lutas por políticas distributivas, ações afirmativas, por reconhecimento e ampliação da representação política¹⁹⁷. O direito à saúde, incorporado o dever de reconhecimento, compreende o outro e sua necessidade de acesso aos bens. Vale lembrar: liberdade é a liberdade do outro.

Na saúde, o dever de respeito inclui tanto aspectos individuais, subjetivos, como a autonomia, a privacidade, a transparência e o aconselhamento, quanto perspectivas coletivas, que incluem o respeito aos grupos – o que pressupõe seu reconhecimento – e às deliberações adotadas em Conferências e Conselhos de Saúde.

Também é fácil identificar o dever de reciprocidade inerente ao direito à saúde. No âmbito coletivo, na atividade de farmacovigilância, consistente no acompanhamento do desempenho dos medicamentos que são oferecidos à população, é necessário que o usuário e seu médico prestem informações ao órgão de vigilância responsável, que no Brasil é a Anvisa. O SUS dá o medicamento e o beneficiário tem o dever de prestar contas informando os resultados de seu uso, os eventuais efeitos colaterais e os resultados positivos ou negativos alcançados. Sob a ótica individual, a promoção da saúde exige postura ativa – reciprocidade – da parte do enfermo.

O paciente assume a condição do sujeito de seu tratamento e não mais apenas objeto. Por outro lado, o médico não deve portar-se como mero observador/interventor. Deve assumir, também, a função de interlocutor, dialogando com o enfermo.¹⁹⁸

Por fim, imbricado a todos os demais deveres, o dever de responsabilidade também é intrínseco a uma concepção crítica do direito à saúde. Todos os envolvidos, individual e coletivamente, nos polos ativo ou passivo da relação, estão obrigados a responder por suas ações e omissões, agindo com lealdade e boa-fé.

O direito à saúde e os correlatos deveres de redistribuição, reconhecimento, respeito, reciprocidade e responsabilidade podem ser examinados em três diferentes dimensões: na relação do indivíduo consigo mesmo, na relação com os outros e na relação com a natureza. São os três planos de atuação dos processos culturais que, na obra de Herrera Flores, conduzem à necessidade de reflexão em torno de três diferentes imaginários: o imaginário radical, o imaginário social e instituinte e o imaginário ambiental bio-sócio-diverso.

A identificação e a construção de garantias pode seguir o mesmo esquema conceitual,

¹⁹⁷ MATOS, 2013, p. 148.

¹⁹⁸ STANCIOLI, 2004, p. 27.

na medida em que tenham como objetivo o desenvolvimento do bem saúde – e do correspondente direito – na esfera do indivíduo, desenvolvendo a disposição pessoal para reagir culturalmente, a partir das raízes, na busca de bem-estar; na esfera comunitária, com a ampliação do humano a partir do reconhecimento do outro; e na esfera ambiental, superando o antropocentrismo e promovendo os valores da sustentabilidade e da precaução.

As garantias do indivíduo têm como ponto de partida a criação de condições para que todos possam reagir culturalmente enquanto indivíduos (imaginário radical), grupos, organizados ou não (imaginário social e instituinte) e possam fazê-lo, cada vez mais, sentindo-se integrados ao ambiente, do ponto de vista biológico, social e cultural (imaginário bio-sócio-diverso).

Do ponto de vista coletivo, podemos colocar em primeiro plano a questão ambiental, como metavalor associado à própria vida, como bem maior. Indivíduo e grupos que vivem da terra, no meio rural, compreendem de forma imediata a necessidade de reagir culturalmente a qualquer invasor que coloque em risco sua água, sua alimentação, seu abrigo. Com a urbanização, e a forte separação entre o campo e a cidade, o dano ambiental e suas consequências para a vida e a saúde são menos visíveis, mas sua importância, e a necessidade de reação contra atividades que causam dano ambiental, exige que se ampliem as garantias, em benefício da vida.

No direito brasileiro, a chave para um diálogo de fontes que amplie o sistema de garantias se encontra na lei orgânica da saúde, que inclui entre os fatores determinantes e condicionantes da saúde a alimentação, a moradia, o saneamento básico e o meio ambiente; o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais, entre outros. Todo o sistema normativo e as políticas públicas associadas a esses temas integram o complexo de garantias do direito à saúde.

Na medida em que se identifica no estado de direito constitucional a função de impor limites ao poder público e privado e de garantir a participação de todas e todos na formação da vontade comum, o sistema de garantias do direito à saúde passa a incluir também as formas institucionalizadas de participação – os Conselhos e Conferências de Saúde nos âmbitos local, regional e nacional. Além do estímulo à organização das comunidades em torno das bandeiras que se alinham com a saúde individual e coletiva, seus determinantes e condicionantes.

Orientados para a emancipação, o imaginário social, o imaginário instituinte e o imaginário bio-sócio-diverso são provedores do material necessário à promoção da vida com dignidade, à promoção da saúde como bem e como direito. No imaginário radical, que compreende as relações do indivíduo consigo mesmo, o direito à saúde constitui elemento

fundamental, visto que a saúde constitui pressuposto para o fazer humano – trabalho, lazer, mobilidade, tudo depende da capacidade física, psíquica, social e espiritual, que não se concretizam sem que haja participação ativa e responsável do indivíduo.

O conjunto de elementos até aqui reunidos para que se possa chegar ao direito à saúde, em escala coletiva, a partir da identificação dos processos culturais, demanda metodologia adequada para captar a complexidade inerente às situações problemáticas. O caminho escolhido, do qual significativamente extraímos o nome que designa o presente trabalho, é o método do "*Diamante Ético*", apresentado por Herrera Flores no ensaio que abre *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*¹⁹⁹, e revisto posteriormente em *A (re)invenção dos direitos humanos*²⁰⁰. Na busca de uma "imagem que seja a mais completa e singela possível", reunindo "todos os elementos que compõem a realidade dos direitos", chegou-se à figura do *Diamante Ético*, que serve para ensinar/aprender o direito coletivo, a ser inventado, e permite sua concretização prática por meio dos processos de luta, inclusive pela via judicial.

Embora possa parecer inadequada em face do paradigma hegemônico, a figura do *Diamante Ético* pode ser vista como uma evolução do silogismo como método de interpretação e aplicação do direito. Neste, temos uma simplificação na qual o raciocínio dedutivo extrai a conclusão de uma premissa maior, de caráter geral, aplicada a uma premissa menor, o caso particular. A premissa maior é a lei, a premissa menor, o fato concreto, e o juízo diz respeito à adequação – ou não – deste àquela. O *Diamante Ético* também se presta à formação de juízos. Todavia, tanto no lugar da premissa maior (conceitual), quanto da premissa menor (material, fática), o paradigma da simplificação é substituído pelo paradigma da complexidade.

Conforme já mencionado no início deste Capítulo, um dos mecanismos de atuação do paradigma da simplicidade é o princípio da redução, que destaca um dos elementos da realidade, em prejuízo dos demais, causando a falsa impressão de que a parte constitui o todo. O uso do silogismo tende à redução, na medida em que permite a aglutinação dos elementos conceituais e materiais na formação das premissas utilizadas na formação do juízo. O *Diamante Ético*, como esquema de conhecimento e ação, atua no sentido inverso, com a ampliação dos elementos conceituais e dos elementos materiais e a inserção de outras perspectivas que, em planos distintos, alinham os elementos a partir de outras perspectivas.

¹⁹⁹ HERRERA FLORES, 2000, p. 66.

²⁰⁰ HERRERA FLORES, 2009, p. 119.

No esboço original, são configuradas três capas: uma primeira, constituída por categorias genéricas; a intermediária, relacionada com o caráter impuro, contaminado de realidade, dos direitos humanos; e a terceira, associada aos processos de luta. Além disso, ao centro, no ponto de convergência que orienta e organiza todas as linhas e faces do *Diamante Ético*, figura a vida digna.

Na analogia aqui proposta, o eixo conceitual corresponde à premissa maior do raciocínio dedutivo, e compreende as teorias, os valores, as narrações e as instituições. No eixo material, avistam-se as forças produtivas, as relações sociais de produção, a historicidade e o desenvolvimento. Os quatro elementos restantes – posição, disposição, espaços e práticas – podem figurar em um ou outro eixo, ou em ambos, conforme a situação. Não se trata, porém, de um esquema rígido, fixo, imutável. Pelo contrário, em cada situação concreta, caberá ao intérprete a identificação dos elementos determinantes e sua posição relativa.

No passado recente, a retirada dos conflitos distributivos da competência do sistema judiciário permitia o funcionamento do paradigma da simplicidade aplicado aos direitos subjetivos, em casos restritos a relações bilaterais. O método fez uso intensivo da técnica de tipificação, com a criação de tipos que facilitaram a disseminação do raciocínio dedutivo por meio de fórmulas gerais: "SE causar dano a outrem, ENTÃO obrigação de indenizar". Com os direitos coletivos, especialmente quando envolvem questões distributivas e conflitos multilaterais, nos quais é frequente a litigiosidade interna, o paradigma da simplicidade entra em colapso, mostrando-se inadequado para a superação dos conflitos. Os tipos tornaram-se insuficientes e, com eles, a própria utilização do silogismo, na forma simplificada. É essa circunstância que torna necessária a utilização de outras racionalidades, compatíveis com o emergente paradigma da complexidade.

Quando se menciona a "invenção do direito coletivo", um dos aspectos que tornam necessário o esforço criativo é a falência da técnica de tipificação e do uso do raciocínio dedutivo, na forma do silogismo jurídico, para a solução dos problemas de justiça distributiva. Tanto é necessário ampliar a premissa maior, para além da norma, incluindo outros elementos no chamado "eixo conceitual", quanto a "premissa menor", que não contempla fatos simples, causas simples, consequências simples, espalhando-se por uma teia de elementos configuradores da situação complexa e dinâmica que se descortina quando se busca redistribuição e reconhecimento, respeito e reciprocidade, no sistema holístico da responsabilidade coletiva que toma a vida digna como ponto de chegada.

A título de exemplo, podemos refletir a partir do evento ocorrido na cidade de Lucas do Rio Verde, situada no Estado do Mato Grosso, em março de 2006. O Município é um dos

maiores produtores de grãos no Estado e a pulverização das lavouras utilizando aviões é prática comum. O evento danoso, conhecido como "chuva de agrotóxicos" atingiu a área urbana e causou danos em várias áreas. Dois dias após a pulverização, secou a maior parte das plantas de 65 chácaras de hortaliças e legumes, localizadas na periferia da cidade; secaram também as folhas das plantas do horto, com 180 canteiros de espécies medicinais, localizado no centro da cidade; queimaram-se as plantas ornamentais dos logradouros urbanos. Embora os casos de internação hospitalar por intoxicação causada por agrotóxicos fossem corriqueiros no Município, constatou-se maior volume de casos nas semanas que se seguiram à chuva de agrotóxicos²⁰¹.

Posteriormente, em tese apresentada no ano de 2011 na Universidade Federal do Mato Grosso, a pesquisadora Danielly Cristina de Andrade Palma demonstrou a presença de agrotóxico em 100% das amostras de leite materno colhidas em lactantes residentes em Lucas do Rio Verde. No universo de 62 mães, em fase de amamentação, 100% das amostras colhidas acusaram a presença de DDE, um metabólico do DDT, cuja utilização se encontra proibida desde 2008; 44% das amostras indicaram o beta-endossulfam, que é um isômero do agrotóxico endossulfam, cuja utilização foi proibida a partir de 2013. Também foram identificadas, nas amostras do leite materno analisadas durante a investigação, as presenças de deltametrina, que é um piretróide, em 37%; de aldrin em 32%; de alpha-endossulfam, que é outro isômero do endossulfam, em 32%; alpha-HCH, em 18% das mães; de DDT em 13%; de trifluralina, que é um herbicida, em 11%; de lindano, em 6%²⁰².

Trata-se de situação complexa, e persistente, com desdobramentos em várias áreas. A "chuva de agrotóxicos", amplamente divulgada em 2006, não foi a primeira nem a última. Além dos danos à saúde individual e coletiva, ao meio ambiente, à paisagem urbana e ao patrimônio público e privado (produtores de hortaliças, horto municipal e logradouros atingidos), a contaminação do leite materno evidencia prejuízos às gerações futuras, de dimensões desconhecidas. A utilização do paradigma da simplicidade pode resultar em identificação de responsabilidades, quantificação de danos e imposição de obrigação de indenizar, com a metodologia que, fracionando artificialmente os elementos da realidade, aprecia separadamente os danos produzidos em cada um dos bens afetados e promove ações de responsabilidade civil e criminal. O método tradicional dá conta de promover a responsabilidade. Todavia, sugere-se, o *Diamante Ético* constitui metodologia mais eficiente

²⁰¹ PIGNATI, MACHADO E CABRAL, 2006

²⁰² <<http://www.viomundo.com.br/denuncias/exclusivo-a-pesquisadora-que-descobriu-veneno-no-leite-materno.htm>> Acesso em: 18.07.2015, às 22h50m

para o enfrentamento da situação.

A partir dos fatos chegamos à teoria, e da teoria retornamos aos fatos. Após compreender a possibilidade do direito à saúde enquanto processo cultural, é necessário voltar à realidade para, com a aplicação do modelo proposto, trabalhar pela concretização da vida digna. No Brasil, a judicialização da saúde tem edificado um caminho com base na racionalidade hegemônica, fundada no paradigma da simplificação, que aplica o raciocínio dedutivo à fórmula constitucional: “saúde é direito de todos e dever do Estado”. O caminho tradicional é partilhado pelos demais processos de luta que visam à garantia da saúde, individual e coletiva, enquanto bem indispensável à vida e pressuposto para o exercício das capacidades humanas.

Não obstante isso, do interior das velhas estruturas brota, por força da incompatibilidade entre as novas pretensões individuais e coletivas e o paradigma reducionista, a complexidade das situações. E a dinâmica dos valores preponderantes faz com que novas práticas e novos discursos venham à luz, exigindo diferentes respostas das instituições. Trata-se, por ora, de iniciativas pioneiras, por vezes isoladas, nem sempre compreendidas, cujo funcionamento e eficácia devem ser reconhecidos.

A garantia formal é insuficiente para que todos tenham acesso ao direito à saúde. Os que logram levar suas pretensões a um juiz podem ter a sorte de ser atendidos, mas o ideal de universalidade e integralidade eleito pelos brasileiros na 8ª *Conferência Nacional de Saúde* e que chegou à Constituição ainda é um sonho para a maioria excluída, marginalizada e explorada por um sistema dominado pela racionalidade do mercado. Vale, ainda, a constatação do ministro Antonio Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, de que a garantia formal é ilusória, permanecendo obstruída por antigos e novos obstáculos.

Teoricamente, aquele que se sente lesado em seus direitos pode, via prestação jurisdicional, buscar protege-los. Haverá sempre um juiz à disposição para lhe conferir justiça. Essa liberdade – usar ou esquecer a tutela judicial – é, em realidade, ilusória: uma garantia de cunho estritamente formal, aliás como tudo no modelo jurídico do liberalismo individualista, obstruída ou simplesmente eliminada por uma série de obstáculos, uns antigos, outros nem tanto.²⁰³

O Ministro brasileiro registra que o acesso à justiça é privilégio de uma minoria; aponta barreiras objetivas (custo, indivisibilidade do bem, morosidade, disponibilidade do legitimado) e subjetivas (barreiras psicológicas, desigualdade econômica, informativa ou tecnológica, desconhecimento da lei). O mesmo vale para a saúde, enquanto bem, e o

²⁰³ BENJAMIN, 1995, p. 107.

correlato direito à saúde. Barreiras objetivas e subjetivas se opõem à realização do ideal transformado em direito fundamental.

A judicialização é importante para o reconhecimento e a afirmação do direito à saúde, ainda que se constate injustiça, no plano coletivo, em muitas decisões adotadas em casos individuais. É necessário avançar, dando visibilidade e força aos discursos que se orientam por valores comprometidos com a vida digna. Nesse sentido, Carol Proner sublinha que a crítica das garantias formais e de suas limitações não significa o rechaço a essa via, e sim a necessidade da superação dos obstáculos visando ao acesso aos bens.

Hacer visible la parcialidade de la legalidade pretendidamente neutral no significa necesariamente rechazar las normas o negar las garantías formales reconocidas. Por el contrario, las garantías son importantes, son parte esencial de la lucha por los derechos, por la satisfacción del derecho mismo, en última instancia, el acceso a los bienes.²⁰⁴

Para além das garantias formais, é necessário avaliar o trabalho das instituições, e suas práticas, desenvolvendo metodologias capazes de garantir saúde para todos, com dignidade, a partir da identificação das necessidades e correspondentes valores. São muitas as ações nesse sentido, protagonizadas por pessoas e instituições comprometidas com a reforma sanitária, associações e conselhos de direitos.

A título de exemplo, merece apreciação o trabalho executado pelo Ministério Público brasileiro, cuja atuação na área da saúde tem sido crescente nas últimas décadas, inclusive no objeto específico deste trabalho: o direito coletivo à saúde. A legitimação extraordinária para a tutela dos interesses difusos e coletivos e os instrumentos de intervenção, especialmente o inquérito civil, a audiência pública, a recomendação e a mediação, serão o objeto do exame que se fará a seguir, com perspectiva crítica, visando fazer coincidir a teoria e a prática na promoção dos direitos humanos.

Se podemos afirmar que existe um direito coletivo à saúde e constatamos que sua implementação é complexa, exigindo revisão de paradigmas, valores e metodologias de ação, a mudança começa com a revisão do trabalho que vem sendo desenvolvido nesse sentido, com o resgate das experiências bem-sucedidas e a crítica das ações cujos resultados revelaram-se contrários aos propósitos alinhados com a promoção dos direitos humanos.

²⁰⁴ PRONER, 2011, p. 34.

SEGUNDA PARTE: SAÚDE NO TRIBUNAL, JURISPRUDÊNCIA E POLÍTICA PÚBLICA EM CONFRONTO

A segunda parte do trabalho apresenta aspecto eminentemente prático. Após a reflexão inicial, de caráter geral, sobre a saúde e o direito enquanto processos culturais, seguimos buscando entender como funciona o direito coletivo à saúde nos Tribunais brasileiros, por meio do exame das decisões proferidas sobre o tema ao longo dos anos e da atuação do Ministério Público, que, embora não seja o único, constitui importante ator na construção do direito à saúde. São conhecidos os casos paradigmáticos, as decisões dos Tribunais superiores que orientaram as linhas de jurisprudência consolidadas. Seu exame é importante para que sejam descortinados caminhos que permitam o aperfeiçoamento da tutela coletiva, mas, para sua completa compreensão, é importante acompanhar os caminhos – tanto o processo judicial quanto o processo cultural, no qual aquele se inclui – que levaram o feito até as últimas instâncias do sistema judicial brasileiro.

Um fato relevante na atual “sociedade espetáculo”, que conta com poderosos meios de comunicação de massa e transforma tudo em notícia, é a sistemática e crescente cobertura dada às decisões judiciais. Os grandes periódicos e agências de notícias passaram a ter setores especializados no acompanhamento dos processos que tramitam na Justiça, assunto que se tornou também destaque nos meios alternativos de comunicação – blogs, redes sociais, periódicos virtuais, informativos de partidos políticos, sindicatos e associações de classe. As decisões paradigmáticas transformam-se em signos culturais que, por sua vez, influenciam e alimentam novas ações e correspondentes decisões.

Nem sempre é fácil compreender tais sentenças, que às vezes parecem contraditórias e obscuras. A expressão “direito à saúde” tornou-se frequente nos meios de comunicação de massa, que noticiam a multiplicação das decisões judiciais sobre o tema e seus custos, lançando dúvidas tanto sobre as políticas públicas e sua eficácia quanto em relação à justiça das decisões que impõem ao Estado a obrigação de prover determinada ação sanitária.

Assim a reportagem publicada no jornal *O Estado de São Paulo*, em 25.05.2015, noticiando o “aumento de ações contra o Sistema Único de Saúde” com vistas à provisão de “medicamentos indicados para doenças graves já comercializados em outros países, mas ainda em análise pelos órgãos regulatórios brasileiros”. Mais adiante, a repórter Fabiana Cambricoli diz que a Justiça obrigou o Estado a adquirir “xampus, absorventes, leite de vaca e de cabra *in*

natura e até poltronas de massagem”²⁰⁵. O Executivo é acusado de postergar a incorporação de novos medicamentos ao SUS e o Judiciário sofre questionamento quanto à determinação dos limites da assistência devida pela saúde pública.

No mesmo periódico e página, que noticia a aprovação de enunciados do CNJ fixando diretrizes para a apreciação de pedidos visando à assistência à saúde e provisão de medicamentos dirigidos ao Poder Judiciário, a juíza Deborah Ciocci, Conselheira do CNJ, expõe sua preocupação com o “princípio da separação dos poderes, os limites orçamentários do Estado e o direito de outros cidadãos”²⁰⁶, chamando a atenção para as consequências da crescente demanda da via judicial para acesso a produtos, ações e serviços de saúde.

Uma das dificuldades com que se deparam, tanto o jurista quanto o leigo, para a compreensão das decisões judiciais é o desconhecimento do “paradigma” no qual elas se encontram inseridas, ou seja, os contextos material e conceitual que se ocultam à observação perfunctória. Se entendemos a saúde e o direito como processos culturais, submetidos à ação e reação de actantes diversos, podemos facilitar a compreensão das decisões individuais identificando os paradigmas nos quais estão inseridas.

A aplicação do modelo apresentado no capítulo anterior – engendrado a partir dos paradigmas propostos por Ricardo Luís Lorenzetti, das cinco faces da opressão, identificadas por Íris Marión Young, e da teoria crítica de Joaquín Herrera Flores – às decisões proferidas em matéria de saúde pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais revela a presença dos paradigmas nomeados e permite a compreensão da concepção de justiça predominante nos acórdãos.

É o que será discutido nos próximos capítulos, com dados extraídos de casos nos quais ocorreu a intervenção da Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos, no Ministério Público de Minas Gerais, que acompanha as ações civis públicas nos Tribunais Superiores. Assim, seguindo a lição anotada por Carol Proner, o modelo teórico aqui proposto não evita a prática, expondo-se à prova no estudo de casos e de metodologias de ação social experimentados pelo Ministério Público.

La apuesta teórica del autor sigue un sentido contrario a las propuestas de las corrientes teóricas abstraccionistas. Al hacer teoría crítica y contextualizada de los derechos humanos trabaja propositivamente sobre lo concreto, al mismo tiempo que no evita poner a prueba el potencial de aplicabilidad de los propios análisis al

²⁰⁵ CAMBRICOLI, Fabiana. Governos gastam R\$ 314 mi com remédio importado. In. *O Estado de São Paulo*, n. 44.414, 25 mai 2015, p. A15

²⁰⁶ CIOCCI, Deborah, Decisões judiciais de saúde devem buscar equilíbrio. In. *O Estado de São Paulo*, n. 44.414, 25 mai 2015, p. A15.

confrontarlos con las prácticas sociales en cuestión.²⁰⁷

Com a finalidade de identificar conflitos de paradigmas na implementação do direito à saúde em moldes coletivos, o exame das decisões foi acompanhado pelo confronto entre os votos proferidos pelos desembargadores e as intervenções dos procuradores de justiça que atuaram nos mesmos casos, mapeando os discursos utilizados.

Antes, porém, para que seja percebido o papel e a extensão dos instrumentos de atuação utilizados pelo Ministério Público para a tutela da saúde, é necessário que seja fixada uma compreensão a respeito dessa instituição, sua estrutura e funcionamento, sua história e o conjunto de valores que a orientam. Embora sejam muitos os atores na proteção da saúde, e do correlato direito, a restrição do objeto deste trabalho à atuação do Ministério Público decorre principalmente da concomitante evolução recente da compreensão da saúde como direito, e do Ministério Público como agente de transformação social e de defesa dos interesses coletivos e do regime democrático. Os processos de luta desenvolvidos principalmente na década de 1980 estabeleceram a pauta de valores que permanece em disputa, inclusive na arena judicial.

Assim, tendo como pano de fundo o exame do direito à saúde como processo cultural, a compreensão da saúde no Tribunal, haurida do confronto entre jurisprudência e políticas públicas, passa pela revisão do Ministério Público enquanto instituição, sua história e sua visão de futuro, sua atuação na área dos direitos humanos e da saúde e sua organização; em seguida, o exame das recentes decisões em matéria de direito coletivo à saúde podem ser confrontadas com as posições adotadas por promotores e procuradores de justiça a partir da identificação dos paradigmas nos quais se encontram inseridas.

O uso dos paradigmas é útil para que se compreenda as razões que orientam o chamado “ativismo judicial”, ou seja, o conjunto de decisões dos Tribunais que rompe com o tradicional formalismo, afastando-se dos modelos abstratos e aproximando-se do ideal de justiça material em situações nas quais se identificam situações de injustiça. Embora o uso de paradigmas nem sempre seja consciente, é a partir deles que podemos identificar quais valores estão sendo tutelados – igualdade, liberdade, solidariedade, vida, meio ambiente, etc. –, verificar seu alinhamento com os processos de luta e avaliar seus resultados.

Outra redução, que deve ser justificada, é quanto ao Tribunal estadual. Os casos discutidos foram todos julgados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Entendeu-se que

²⁰⁷ PRONER, 2011, p. 27.

uma pesquisa mais ampla, abrangendo alguns ou todos os Tribunais estaduais, poderia tornar mais difícil a identificação da evolução que, em escala maior, apresenta ritmo diferenciado. Além disso, o Ministério Público de Minas Gerais conta com atuação especializada desde 2001, inicialmente com um grupo e posteriormente com uma Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos, a qual mantém banco de dados com as manifestações produzidas ao longo do período, circunstância que permite confrontar os discursos dos procuradores de justiça com os discursos dos desembargadores e sua evolução.

No último capítulo, a partir da experiência de Mediação Sanitária, desenvolvida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, os vários aspectos da invenção do direito coletivo à saúde são demonstrados com a utilização do *Diamante Ético*. A invenção do direito à saúde é comparada à construção de um mapa, com a prévia eleição dos elementos que serão simbolizados, o a definição dos contornos do problema coletivo e a reflexão sobre as consequências da decisão que coloca a vida digna no centro.

Por fim, desenhada a situação complexa, com identificação das situações de exclusão e marginalização, de exploração e manipulação, a busca da solução justa conduz aos paradigmas, critérios para a realização do direito justo.

CAPÍTULO 1: O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA DEFESA DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS HUMANOS

Começamos com a imagem de um cidadão que chega à Promotoria portando uma receita médica. É o que o promotor de justiça vê. O elemento visível nas decisões judiciais que tratam do tema: alguém consultou o médico, obteve diagnóstico e prescrição terapêutica, não tem dinheiro para comprar o produto indicado e sabe que ele não pertence ao rol dos medicamentos dispensados pelo SUS. Consta, na maior parte dos casos, que a droga prescrita é apresentada como sendo a única capaz de prover a melhora da saúde daquele que pede. No imaginário comum, gerado pela abundante informação sobre saúde nos meios de comunicação, vigora preconceito generalizado em relação aos gestores de saúde, vistos como surdos, insensíveis ao sofrimento individual, e a ideia de que o médico prescritor tem o respaldo da ciência, aliás, da melhor ciência – na eleição da terapêutica proposta.

O exame das decisões judiciais e dos casos que chegam às Promotorias mostra esses poucos elementos. Faltam os contextos, a compreensão coletiva do problema e a própria crítica do conhecimento “experto” concretizado na receita médica. Nem sempre a política

pública adotada em relação à enfermidade diagnosticada é conhecida pelo profissional do direito. Tampouco é possível perceber se a prescrição foi induzida por ações de *marketing* da indústria, principalmente quando se trata de produtos novos ou mesmo experimentais. Com a concentração econômica do setor farmacêutico, o problema se manifesta em escala global: grande parte dos produtos farmacêuticos oferecidos no mercado são desnecessários e perigosos.

Uma das recomendações mais enfáticas da Organização Mundial de Saúde é que somente sejam selecionados medicamentos para os quais se disponha de informações consistentes no que se refere à eficácia e segurança derivadas de estudos clínicos. Devem também ser conhecidos os dados referentes à biodisponibilidade e estabilidade nas formas farmacêuticas que vão ser utilizadas.²⁰⁸

Defensor da necessidade de maior participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas, o professor Marcos Augusto Peres nos alerta para o risco de captura dos órgãos encarregados do controle social pelo Governo, ou pelo mercado²⁰⁹. No caso da saúde, o contexto em que ocorre a rápida judicialização da demanda sugere a possibilidade de captura da Magistratura e do Ministério Público pelas mesmas forças que impõem o atual modelo de atenção à saúde.

Não é fácil, para o promotor, para o advogado, o defensor público ou o juiz conhecer esses elementos. A fonte primária de informação é a prescrição médica, normalmente apresentada pelo próprio interessado e, em muitos casos, sabe-se, o único dado disponível. A decisão é tomada sem que se conheça o doente e o histórico de sua enfermidade e tratamento, sem informações sobre a patologia e a droga prescrita. Pouco se conhece no meio jurídico sobre as políticas de saúde e a própria regulamentação do SUS, instrumento de sua implementação. Nem se diga que o fácil acesso à informação proporcionado pela internet modifica tal quadro. Pelo contrário. O volume de respostas obtido nas consultas realizadas por meio dos *websites* de busca na rede mundial de computadores e as contradições entre os vários estudos dificultam a formação de juízos seguros.

O quadro exposto é fonte da polêmica em torno da forma como deve se posicionar o promotor diante de tal quadro. O Ministério Público brasileiro evoluiu bastante nas últimas décadas, mas a gama de novos problemas que lhe aportam provoca também a ampliação dos instrumentos de atuação e a necessidade de constante inovação. A mirada ampla sobre a experiência pretérita e os muitos campos de atuação é essencial para a compreensão do

²⁰⁸ BERMUDEZ, 1995, p. 130.

²⁰⁹ PEREZ, 2006, p. 174.

desafio presente e da rota que se desenha para o futuro.

II.1.1 Promotoria da saúde: compromisso com a justiça social

Embora guarde semelhanças com instituições similares de outros países, o Ministério Público brasileiro experimentou grandes modificações, principalmente nas décadas de 1980 e 1990, adquirindo perfil ímpar na defesa dos direitos humanos. Tanta mudança contribui para tornar obscura, senão confusa, a percepção corrente sobre o papel do promotor de justiça no sistema de acesso à justiça e aos direitos e, em particular, no que diz respeito à saúde enquanto direito social e ao Sistema Único de Saúde.

É antiga a ideia de se entregar a uma pessoa ou instituição o zelo pelos interesses da coletividade. Assim, estudos variados apontam as origens da instituição na Babilônia, com o “*redoudaiani*”, e no Egito, com o “*magiai*”, e em figuras aproximadas como os “*procuratore caesaris*”, em Roma²¹⁰. Na modernidade, com o esforço das monarquias ascendentes visando à própria independência em relação à Igreja Católica e ao poder papal, começam a organizar-se os Tribunais e surge a figura do procurador do rei, que, conforme anota Ronaldo Macedo Júnior, orientava-se pelos princípios seguintes: “I. a superação da vingança privada (só possível ao poderoso e ao rico); II. entrega da ação penal a um órgão público tendente à imparcialidade; III. a distinção entre juiz e acusador; IV. tutela dos interesses da coletividade e não só daqueles do fisco e do soberano; V. execução rápida e certa das sentenças dos juízes”.

Há registros dessa evolução desde o século XII, com destaque para a “*Ordonnance*”, de Felipe, o Belo, de 25 de março de 1302 (ou 1303), que menciona o “*procureur du roi (les gens du roi)*”, agente do poder real perante as cortes. Fortalecida pelo rei, que tinha interesse em deixar clara a independência de seus procuradores em relação aos juízes, a instituição passa a ser chamada de “*Parquet*” devido à prerrogativa de colocar-se sobre o estrado, na mesma posição ocupada pelos magistrados, “e não se descobriam para lhes endereçar a palavra, embora tivessem de falar de pé (sendo por isso chamados ‘*Magistrature debout*’, Magistratura de pé)”. Tal perfil se consolida formalmente com os Códigos Napoleônicos, no início do Século XIX, com ênfase para o papel do promotor como acusador público, titular da ação penal.

O Brasil colônia submete-se à legislação da metrópole e dela recebe o molde inicial,

²¹⁰ MACEDO JÚNIOR: 1999, p. 38.

semelhante então ao modelo francês. As Ordenações Afonsinas de 1521 contêm referência ao promotor de justiça, que deveria ser “letrado e bem entendido para saber espartar e alegar as causas e razões, que para lume e clareza da justiça e para inteira conservação dela convém”. Mais adiante, nas Ordenações Filipinas (cuja vigência, no Brasil, estendeu-se até a promulgação do Código Civil, em 1917), solidificaram-se as atribuições do promotor “na fiscalização da lei e da Justiça e no direito de promover a acusação Criminal”. Consta, todavia, que o primeiro promotor brasileiro foi nomeado em 1609, com a criação do Tribunal da Relação da Bahia. Antes, na colônia, os processos criminais eram iniciados *ex officio*, pelo próprio juiz.

No Código de Processo Penal do Império, de 1832, o promotor figura como órgão da sociedade, titular da ação penal, e tem suas atribuições definidas: denunciar os crimes públicos, promover acusações perante o Tribunal do Júri, promover a execução das sentenças e dos mandados judiciais, entre outras. Em 1836, por força do Aviso de 20 de outubro, os promotores recebem o encargo de visitar as prisões uma vez por mês, dar andamento nos processos e diligenciar a soltura dos réus. Ainda no Século XIX, a Lei do Ventre Livre (Lei n.º 2.040, de 28.09.1871, designa o promotor de justiça como “protetor do fraco e do indefeso” e determina que a ele cabe o zelo para que “os filhos livres de mulheres escravas fossem devidamente registrados”²¹¹.

O Código Civil de 1917 e o Código de Processo Civil de 1939 definem atribuições que colocam o Ministério Público como defensor dos valores centrais de uma ordem social e econômica liberal, a família e a propriedade privada. Daí a intervenção nas causas relacionadas ao casamento, registro, filiação, incapazes, usucapião, testamento, etc. O Código de Processo Penal de 1941 manteve e consolidou a posição de titular da ação penal e concedeu ao promotor de justiça o poder de requisitar a instauração de inquérito policial e outras diligências. O leque se amplia gradualmente com a outorga de atribuições ao Ministério Público no Mandado de Segurança (Lei n.º 1.533, de 1951), na Lei de Falências (DL n.º 661, de 1945), na Lei da Ação Popular (Lei n.º 4.717, de 1965), na Lei de Alimentos (Lei n.º 5.478, de 1968) e na Lei dos Registros Públicos (Lei n.º 6.015, de 1973), entre outras.

No plano constitucional, o texto de 1937 limitou-se a mencionar o procurador-geral da República como chefe do Ministério Público Federal e a instituir o “quinto” constitucional, mecanismo pelo qual os advogados e membros do Ministério Público passam a ocupar 20% das cadeiras dos Tribunais, alternadamente. Depois, em 1946, a instituição foi tratada em

²¹¹ MACEDO JÚNIOR, 1999, p. 41.

título especial, com definição de estrutura e atribuições, sem vinculação a nenhum dos poderes, e seus membros ganharam estabilidade na função, acesso via concurso de provas e títulos. Durante a ditadura, o Ministério Público ficou subordinado ao Poder Judiciário, a partir de 1967, e depois ao Poder Executivo, a partir de 1969.

As grandes mudanças ocorrem a partir da década de 1980 com a promulgação de uma Lei Orgânica, a Lei Complementar n.º 40, de 14.12.1981, que define o Ministério Público como “instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e responsável, perante o judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das Leis”, definição que foi praticamente repetida no art. 127 da Constituição de 1988. Também é de 1981 a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente e traz a legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ações de responsabilidade civil e criminal. Para completar, em 1985 a Lei n.º 7.347, de 24 de julho, legitima o promotor de justiça para a propositura de ações civis públicas em defesa dos interesses difusos e coletivos, verdadeiro ponto de inflexão na mudança do perfil institucional em direção à efetiva defesa do interesse social.

O passo seguinte vem com a Constituição de 1988, que consolida e aprofunda o novo perfil ao dar o mais elevado *status* à definição do Ministério Público como “instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127). Aos seus membros foram asseguradas as mesmas garantias dos magistrados: a inamovibilidade, a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos. Foram consagradas unidade, indivisibilidade e independência funcional e um rol de funções (art. 129) no qual prepondera a condição de órgão agente:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial,

indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Pode-se afirmar que a nova dicção altera o sentido tradicional da atuação como *custos legis*, a qual evolui para o ampliado papel de defensor de uma ordem jurídica que se quer pautada pelo regime democrático e tem, em seu núcleo, os interesses sociais e individuais indisponíveis. Não se trata de simplesmente atuar como fiscal da lei, quer-se um promotor que zele pelo efetivo respeito aos direitos constitucionalmente assegurados, dotado de instrumentos jurídicos destinados a garantir, pela força, a promoção da justiça. Preponderam, no rol do art. 129, mecanismos de *enforcement*, ação e poderes voltados à garantia dos direitos humanos, porque se sabe que, “se a justiça não é necessariamente o direito ou a lei, ela só pode tornar-se justiça, por direito ou em direito, quando detém a força”²¹².

O novo perfil constitucional rompe radicalmente com o anterior, cuja origem eram as instituições coloniais, modeladas na metrópole, e surge quando o Brasil se esforça para sair da ditadura militar. O texto constitucional se constrói em um momento no qual o anseio por participação política e pela realização dos direitos sociais mobilizava pessoas e instituições que vislumbraram naquele novo Ministério Público, inclinado para a tutela dos interesses sociais e coletivos, o esteio necessário para a implementação de uma ordem mais justa. Duas décadas depois, importantes atores do processo constituinte avaliam que o capítulo dedicado ao Ministério Público se encontra entre as maiores e mais bem-sucedidas inovações realizadas na estrutura institucional brasileira. Para o constituinte gaúcho Ibsen Valls Pinheiro, procurador de justiça aposentado, o avanço se deu porque a instituição levou à Constituinte “um projeto consistente de ação institucional renovadora”²¹³, opinião que é partilhada pelo procurador de justiça paulista Hugo Nigro Mazzilli. O Ministério Público foi a única instituição ligada à justiça “que realmente quis mudar de forma efetiva” e trabalhava ativamente para ampliar seu espaço de atuação com “funções de cunho mais social”²¹⁴.

Conforme observado, o ponto de inflexão foi a criação de meios para a tutela civil dos interesses transindividuais que ganharam maior força com o *status* constitucional outorgado ao inquérito civil e à ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos. Também foram expressamente garantidos na lei maior os poderes de notificação e requisição

²¹² DERRIDA, 2007, p. 17.

²¹³ BISCCHOFF e SEELIG, 2006, p. 128.

²¹⁴ BISCCHOFF e SEELIG, 2006, p. 75.

de informações e documentos. Da posição de fiscal da lei, com ênfase na defesa da família e da propriedade privada, o promotor de justiça se desloca para o papel de garantidor dos direitos sociais e indisponíveis, entre os quais se insere, com proeminência, o direito à saúde. Na prática, a mudança foi gradual e tem gerado, ao longo do tempo, uma série de reações. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz observa que as reações contra o inquérito civil começaram quando “ele passou a ser utilizado para apuração de grandes (às vezes gigantescos) danos aos interesses sociais e difusos”²¹⁵.

Ao lado da opção pela tutela coletiva de interesses sociais, merece destaque, no novo perfil constitucional, o papel outorgado ao *Parquet* com relação ao regime democrático. Já em seu preâmbulo, a Constituição promulgada em 05.10.1988 apresenta a democracia como a principal qualificação do Estado que institui, ideia que ganha reforço, logo em seguida, no artigo 1º, no qual também se lê que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Fixa-se, pois, a ideia de democracia em duplo sentido: democracia representativa e democracia direta, sempre com a figura do povo enquanto titular do poder. A opção é coerente com o momento histórico vivido pela América Latina, com a superação dos regimes ditatoriais. Justifica-se a democracia, conforme o registro de Marcos Roitman Rosenmann, como “boa” forma de governo, de convivência, de convergência, de estabilidade, de governabilidade, de consenso e, além disso, geradora de regras do jogo válidas para todos²¹⁶. Superiores, porém, a tais causas, são os objetivos fixados para a democracia implantada, para os quais deve orientar-se a atuação do Ministério Público: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º).

Também auxilia a compreensão do papel outorgado ao Ministério Público a análise sistemática de outros dispositivos constitucionais que expressamente invocam a ideia da democracia. O constituinte deu ênfase à gravidade dos crimes contra a democracia, fazendo-o no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XLIV); condicionou a criação de partidos políticos ao respeito ao regime democrático (art. 17); definiu a garantia da observância do regime democrático como causa de intervenção da União nos Estados (art. 34); assegurou participação direta de trabalhadores, empregadores e aposentados na gestão da seguridade

²¹⁵ CAMARGO FERRAZ, 1995, p. 66.

²¹⁶ ROSENMAN, 2005, p. 148.

social (art. 194, VII); garantiu democracia na gestão do ensino público (art. 206, VI); determinou a democratização do acesso aos bens de cultura (art. 215, § 3º, IV).

Ainda, como reforço à compreensão do compromisso do *Parquet* com o regime democrático, vale investigar a quem o constituinte outorgou o múnus do zelo pela forma de governo adotada. Em caráter geral, cuidar da democracia é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, I), mas, de forma específica, a Constituição outorgou ao Conselho da República (art. 90, II), ao Conselho de Defesa Nacional (art. 91) e ao Ministério Público (art. 127) tal função, com especial destaque para esse último. Trata-se, logo se vê, de dois grandes conselhos e uma única instituição – o Ministério Público –, a qual se encontra estruturada em todo o território nacional e foi dotada de instrumentos jurídicos compatíveis com o encargo recebido.

Por todos esses motivos, é possível afirmar que o atual Ministério Público brasileiro apresenta perfil bastante diferenciado em relação ao modelo herdado da metrópole e deve ser estudado, em perspectiva pós-colonial, como experiência bem-sucedida de desenvolvimento institucional autóctone, comprometida com a efetiva emancipação do povo brasileiro. Conforme a doutrina de Boaventura Sousa Santos, o pós-colonialismo deve ser entendido em duas acepções principais: como período histórico posterior à independência das colônias e como conjunto de práticas “que desconstroem a narrativa colonial, escrita pelo colonizador, e procuram substituí-la por narrativas escritas do ponto de vista do colonizado”²¹⁷. Embora a estrutura colonial permaneça presente no sistema constitucional de tripartição de poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – tanto o atual perfil do Ministério Público, enquanto instituição, quanto a ideia de democracia presentes no texto constitucional e, principalmente, para efeitos desta investigação, o modelo adotado pelo sistema único de saúde e a concepção de saúde como direito social devem ser lidos como rupturas em relação ao modelo hegemônico.

A criação das Promotorias especializadas se insere nesse contexto. Chega o cidadão à Promotoria. Reivindica acesso a uma ação ou serviço de saúde. Nesse momento, cabe ao promotor de justiça apresentar resposta à sua demanda, a qual pode orientar-se pelo caminho da emancipação ou, ao revés, enquadrar-se na lógica colonialista que se vale de soluções previamente tipificadas pela experiência estrangeira. A rápida evolução do Ministério Público brasileiro se deve principalmente ao trabalho desenvolvido diariamente na principal célula da instituição, a Promotoria de Justiça, aquela que se encontra em contato direto com o povo. As

²¹⁷ SANTOS, 2006, p. 233.

mudanças no plano normativo, conjugadas à dinâmica das relações econômicas, políticas e culturais repercutem na ação do promotor de justiça, que, em face de novos e complexos problemas, vê-se obrigado a repensar e adaptar seus procedimentos a novas realidades. É o que tem ocorrido em relação à saúde. Novos problemas exigem um novo perfil.

A Promotoria é o órgão de ponta, no Ministério Público estadual. A porta de entrada para o cidadão. É onde trabalha o promotor de justiça. Quando atua perante os Tribunais, o mesmo profissional passa a ser chamado de procurador de justiça, situação que contribui para que permaneçam confusas, na percepção popular, a natureza e as funções do Ministério Público. A figura mais facilmente reconhecida é a do promotor, aquele que está presente em todas as cidades que são sedes de Comarca, sendo ainda muito comum o uso da expressão “promotor público”, abolida em 1981 com a vigência da Lei Complementar n.º 40. No Ministério Público da União, apesar dos movimentos visando à unificação da denominação, chama-se procurador ao ocupante do cargo assemelhado, não se fazendo distinção entre os profissionais que mantêm contato direto com o povo e provocam os juízes de 1ª instância e os que exercem sua atividade perante os Tribunais. Assim, no plano estadual, Promotoria é o órgão de execução no qual trabalham um ou mais promotores de justiça, dotados ou não de serviços auxiliares.

De acordo com a lei orgânica em vigor (Lei Federal n.º 8.625/1993), as Promotorias de Justiça podem ser judiciais ou extrajudiciais, especializadas, gerais ou cumulativas. Embora singela, tal classificação mostra-se bastante adequada para que se visualize a estrutura das Promotorias de forma a compreender as variações que se observam nos Ministérios Públicos estaduais. No Rio Grande do Sul, as funções de zelo pela saúde pública são exercidas pela Promotoria de Direitos Humanos. Em São Paulo, a saúde é objeto de atenção de um grupo especial. Em Minas Gerais, a Promotoria da Saúde existe formalmente desde 1997, por força de Resolução expedida pelo procurador-geral de justiça e pode ser qualificada como uma Promotoria especializada. Possui atribuições judiciais e extrajudiciais, mas não é considerada uma Promotoria judicial porque não tem suas atividades atreladas a uma determinada Vara Judicial. Nas pequenas comarcas, onde há somente um promotor, ele cumula as funções de curador da saúde com todas as demais atividades afetas ao Ministério Público naquela comarca. Em cidades maiores, onde há mais de um promotor, a atuação na área de saúde é cumulada com outras, de acordo com a distribuição local dos serviços.

Podemos identificar na atuação criminal, na repressão aos crimes contra a saúde pública ou naqueles praticados por profissionais de saúde (o chamado erro médico) as origens próximas das atuais Promotorias de Saúde. O bem jurídico protegido é a saúde pública, no

plano coletivo, ou a vida e a integridade corporal, na perspectiva do indivíduo. Sob esse enfoque, seria possível estender por várias décadas nossa investigação sobre o perfil da atuação dos Promotores em relação à vida e à saúde. E o que se constata é que a proteção da pessoa humana e de sua dignidade sempre esteve presente no rol da ação institucional. O promotor de justiça que figura no Tribunal do Júri é o defensor da vida. Com a nova ordem constitucional e a instituição do Sistema Único de Saúde, o desafio de prover a todos a assistência à saúde faz surgir uma nova Promotoria.

Grosso modo, nas últimas duas décadas podemos identificar três momentos distintos na atuação do Ministério Público em relação à saúde. No primeiro, concomitante ao início da implementação do SUS, a instituição é provocada e começa a atuar em defesa da saúde pública. Depois, a experiência acumulada e a intuição de alguns produzem atos normativos que começam a orientar a atuação das Promotorias de Saúde. Finalmente, vitoriosa a crença de que saúde é direito, verifica-se demanda crescente nas Promotorias.

Nos primeiros anos, a instituição permaneceu praticamente inerte em relação ao movimento da reforma sanitária e à implementação do novo sistema. A defesa do meio ambiente e do consumidor foram temas centrais na década de 1980 e monopolizaram os primeiros esforços na proteção de interesses coletivos. Depois, na medida em que novos textos legais foram promulgados, a promoção dos direitos da infância e da adolescência, da livre concorrência e da probidade administrativa foram sucessivamente ocupando espaços. De forma assistemática, começaram a chegar às Promotorias reclamações de usuários do sistema de saúde quanto a cobranças indevidas, dificuldades no acesso, qualidade do serviço, etc. e provocações dos então recém-criados Conselhos Municipais de Saúde, que se esforçam para exercer o poder deliberativo que lhe foi legalmente outorgado (Lei n.º 8.142/1990). Os promotores começam a intervir na saúde como mediadores desses conflitos e ainda usam, preponderantemente, meios penais de tutela. É desconhecida a legislação sanitária, e o próprio funcionamento do sistema, muito centralizado ainda, constitui realidade estranha ao profissional do direito.

Surgem, porém, nessa época, os pioneiros estudos sobre o papel do Ministério Público no zelo pela implementação do SUS. Em outubro de 1991, sob os auspícios da Organização Panamericana de Saúde, o Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário associou-se ao Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário da Universidade de São Paulo na realização de uma Oficina de Trabalho destinada à discussão do conceito constitucional de relevância pública. O evento realizou-se com a participação de membros do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Estado de São Paulo e contou com a presença, entre outros, do

professor Eros Roberto Grau, hoje ministro aposentado do STF, e do promotor de justiça Antonio Herman Benjamin, atualmente ministro do STJ.

Em sua reflexão primeira sobre a saúde como direito na Constituição brasileira, o ministro Eros Roberto Grau concluiu que a qualificação das ações e serviços de saúde como serviços de relevância pública, inclusive quando prestados pelo setor privado, os torna submetidos ao zelo do Ministério Público. Para o ministro, “a única norma cuja aplicação o conceito de serviço de relevância pública enseja é aquela do art. 129, II, da Constituição”²¹⁸ (que define a função institucional do *Parquet* brasileiro).

A incipiente atuação do Ministério Público brasileiro em relação ao SUS provocou a forte manifestação inserida no relatório final da *10ª Conferência Nacional de Saúde*, realizada em Brasília entre os dias 2 e 6 de setembro de 1996 com a participação de 1.260 delegados escolhidos em Conferências Estaduais realizadas após quase 3.000 Conferências Municipais de Saúde, que se reuniram em torno da ideia de “Saúde, cidadania e políticas públicas”. Entendeu-se que os gestores do SUS e os Conselhos de Saúde deveriam exigir do Ministério Público a defesa do SUS “e das demais políticas que atuam na ampliação e manutenção da qualidade de vida da população”, bem como a criação de Promotorias de Saúde, sugerindo algumas linhas para a ação institucional. O texto foi aprovado nos seguintes termos:

Os Gestores do SUS e os Conselhos de Saúde devem exigir do Ministério Público a defesa do SUS e das demais políticas que atuam na ampliação e manutenção da qualidade de vida da população. Para isso, os participantes da 10ª CNS deliberaram por:

10.1 Defender que o Ministério Público exerça seu papel constitucional e social (conforme prevêm os Artigos 129 e 197 da Constituição Federal), com a democratização do acesso a ele, a garantia da informação e o compromisso deste com a defesa dos interesses dos cidadãos;

10.2 defender que o Ministério Público seja o tutor da legislação em saúde, da Assistência Social e do Estatuto da Criança e do Adolescente, fiscalizando sua implantação e sua execução nos setores público e privado, e tomando as providências cabíveis no caso de descumprimento do texto legal;

10.3 responsabilizar o Conselho Nacional de Saúde por cobrar da Procuradoria Geral da República que exerça seu papel constitucional em relação ao Inquérito Civil Público nº 08100.005215/94-81, sobre o financiamento do SUS e ao Inquérito Civil Público nº 08100.007014/94-09, sobre a implantação e funcionamento do SUS, devendo divulgar os resultados parciais, encaminhar as medidas legais cabíveis e continuar com as apurações referentes aos mesmos;

10.4 responsabilizar os Conselhos de Saúde por encaminhar a todos os membros do Ministério Público Federal e Estaduais, as Resoluções das Conferências Nacionais de Saúde (3ª, 8ª, 9ª e 10ª CNS), Normas Operacionais Básicas, Portarias, Instruções e Leis Complementares relativas ao SUS, bem como as resoluções dos Conselhos de Saúde, para que o Ministério Público fiscalize seu cumprimento;

²¹⁸ GRAU, 1992, p. 22.

- 10.5 reivindicar ao Ministério Público a criação de Curadorias de Saúde (setor específico para cuidar das questões de saúde);
 10.6 propor ao Ministério Público a inclusão da legislação do SUS nos cursos preparatórios e exames de seleção de Procuradores e Promotores.

O segundo momento é marcado pelo início da organização das Promotorias de Saúde, com a expedição de atos normativos internos para a definição de diretrizes gerais da ação institucional. Em Minas Gerais foi a Resolução n.º 11, de 10 de abril de 1997, por meio da qual o procurador-geral de justiça Epaminondas Fulgêncio Neto disciplinou “o exercício da função de fiscalização do Sistema Único de Saúde pela Promotoria de Justiça de Defesa do Cidadão”. Singela, porém abrangente, a normativa aponta os fundamentos da fiscalização do SUS pelo MP – os artigos 129, II, e 197 da Constituição – e diz que o Promotor de justiça da saúde deve fiscalizar o cumprimento da Lei n.º 8.080/1990, a existência e o funcionamento do Conselho Municipal de Saúde e do Fundo Municipal de Saúde, ambos previstos na Lei n.º 8.142/1990. Arrolou também, como objetos de fiscalização, os recursos financeiros recebidos da União e do Estado para a execução das políticas de saúde e os programas prioritários definidos no Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado, o PMDI, que na época eram o programa de saúde da família, a organização do sistema de referência e contra-referência e os consórcios intermunicipais de saúde. Desde o início, concebe-se uma Promotoria extra-judicial preocupada com a democracia participativa, exercida principalmente por meio das Conferências e Conselhos de Saúde, e preocupada com a boa aplicação dos recursos depositados no Fundo Municipal de Saúde, por meio da implementação das ações prioritárias definidas no planejamento estatal. A referência expressa ao artigo 174 da Constituição revela a importância atribuída ao planejamento do desenvolvimento e a obrigatoriedade de seu cumprimento pelo setor público.

Pouco mais de um ano depois, o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça aprovou, na reunião de 7 e 8 de agosto de 1998, em Tocantins, a *Carta de Palmas*, documento que responde à convocação feita pela 10ª Conferência Nacional de Saúde ao instituir uma comissão permanente de defesa da saúde integrada por procuradores-gerais de justiça, procuradores de justiça, promotores de justiça e procuradores da república convidados, “visando assegurar a atuação do Ministério Público na tutela das relações da saúde”. Referência primeira na atuação do Ministério Público brasileiro na saúde, a *Carta de Palmas* aponta fundamentos jurídicos para a ação institucional e registra, como suporte fático, “os graves e inúmeros problemas na área da saúde em todo o País, com insuficiência, desvio ou aplicação irregular de recursos, medicamentos falsificados, dentre outras inúmeras

ilegalidades, com constantes escândalos de repercussão nacional e sacrifícios de vidas humanas”. Considera ainda a necessidade de assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde e o atendimento às diretrizes da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade e destaca, como pressupostos para a implementação do SUS, a) existência e funcionamento dos Conselhos de Saúde; b) existência e funcionamento dos Fundos de Saúde como sede dos recursos da Saúde; c) existência e cumprimento dos Planos de Saúde; d) convocação e respeito à autoridade das Conferências de Saúde; e) instalação e funcionamento do Sistema de Informações de Saúde.

No plano prático, a *Carta de Palmas* recomendou ao Ministério Público dos Estados a instituição das Promotorias de Defesa da Saúde ou órgão equivalente e a criação de Procuradorias de Justiça especializadas na área de interesses coletivos, dotados do necessário suporte técnico e mecanismos de articulação com os Centros de Apoio e as Promotorias de Justiça. Preocupou-se também com o apoio logístico à atuação dos Promotores sugerindo a instituição do “Fundo de Financiamento de Perícias e Pesquisas Técnicas” na estrutura organizacional de cada Ministério Público, com recursos oriundos de dotação orçamentária e de outras fontes.

Completando o quadro, com a síntese da atuação do Ministério Público na saúde durante os últimos vinte anos, um terceiro momento é marcado pelo rápido crescimento da demanda individual nas Promotorias de Saúde, situação que coincide com a expansão do fenômeno denominado “judicialização da saúde”. A partir do ano 2000, o volume de ações judiciais contra gestores do SUS tem dobrado a cada ano. Pesquisa realizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em parceria com a Secretaria de Estado da Saúde e a Escola de Saúde Pública de Minas Gerais identificou, na base de dados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 60 decisões contra gestores do SUS. Dois anos depois, o volume quadruplica, 240 acórdãos tratam de temas ligados à saúde pública e, em 2005, são aproximadamente 1.100 casos envolvendo direito sanitário. Em 2010, a consulta à mesma base de dados em busca de decisões sobre saúde aponta 4.641 acórdãos. Em 2014, são 27.387 decisões. Trata-se da base de dados publicada na *website* do Tribunal, a qual exhibe apenas uma amostra dos julgados e nos revela que o volume de ações tem duplicado a cada ano. Nas Promotorias de Justiça a situação é igual e a grande preocupação atual é com a priorização das ações coletivas, prejudicadas com a ação individual.

Infelizmente, de 2003 em diante, a crescente demanda individual tem prejudicado a dedicação dos promotores às questões coletivas. A *Carta de Salvador*, ao recomendar a ênfase nas ações coletivas, vislumbrava já um quadro de perversão dos objetivos da ação

institucional decorrente da atuação atomizada em demandas individuais. Em Minas Gerais, do total das ações judiciais movidas pelo Ministério Público que chegam ao Tribunal de Justiça, as ações coletivas representaram 55% em 2004 e caíram, vertiginosamente, para apenas 19% em 2005. De 2010 para cá o percentual das ações coletivas em face das individuais permanece abaixo de 1%. O exame da jurisprudência revela que o direito à saúde tem sido apreciado preponderantemente sob perspectiva individual, em prejuízo da universalização do acesso determinada pela Constituição. Como, porém, reconhecer e tutelar o direito à saúde sob a perspectiva coletiva é a grande indagação colocada. A resposta a tal pergunta exige uma breve reflexão a respeito dos interesses coletivos.

A resposta institucional às novas demandas se dá em várias frentes. No âmbito da Comissão Permanente de Defesa da Saúde (Copeds), do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça (CNPJG), foi elaborado e aprovado um Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em Saúde (PNA), o qual será adiante exposto e analisado. Em outra frente, como iniciativa dos membros, em 2004 foi criada a Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde (Ampasa), entidade civil integrada por membros do Ministério Público dos Estados e da União para o aperfeiçoamento da ação institucional em defesa da saúde. Entre seus objetivos estatutários destacam-se:

- promover a defesa do Direito à Saúde, notadamente o acesso às suas ações e serviços, garantidos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico nacional, velando pela sua plena implementação, bem como pela observância dos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde; acompanhar o trâmite de projetos-de-lei sobre saúde, contribuindo, quando possível, para o seu aperfeiçoamento;
- promover interações com a sociedade, principalmente quanto à capacitação e efetividade do controle social;
- atuar no interesse da permanente melhoria das condições institucionais de trabalho na área da saúde; [...]

A criação da entidade coincide com a realização, na cidade de Salvador-BA, em agosto de 2004, do *I Encontro do Ministério Público em Defesa da Saúde*, ocasião em que foi produzido um documento que ratificou a *Carta de Palmas* e registrou as principais dificuldades do SUS, naquele momento, sob a ótica dos Promotores de Justiça: baixa resolutividade na atenção básica, falta de efetividade no controle social, descumprimento sistemático da Emenda Constitucional n.º 29, de 2000, e desvios de recursos com comprometimento do financiamento do sistema. O documento, denominado *Carta de Salvador*, enfatiza a necessidade de reforço na atividade de planejamento institucional por meio do estabelecimento de diretrizes, metas e prazos “que priorizem a atuação do Ministério Público em Defesa da Saúde”, com ênfase para as ações coletivas.

II.1.2 O plano de atuação para o Ministério Público na área da saúde

Com o crescimento da demanda por questões de saúde nas Promotorias, a reação dos gestores e a falta de uma sedimentação dogmática das situações colocadas como carentes de tutela por força do direito à saúde, várias foram as ações institucionais voltadas à definição de estratégias comuns para a atuação. Entre os documentos importantes para a compreensão da evolução do Ministério Público brasileiro em relação ao SUS, devem ser destacados a *Carta de Salvador*, de 2004, e o *Plano Nacional de Atuação Ministerial em Saúde Pública*, aprovado em 2006 pelo CNPG, documento que contém um amplo diagnóstico dos problemas e foi construído pelos gestores da instituição a partir do olhar do promotor de justiça.

É certo que a atuação se apresentava bastante diferenciada naquele momento – e continua assim. Por outro lado, a própria organização do SUS é desigual nos diversos níveis de atenção e nas diferentes regiões do país. Da mesma forma, no Estado de Minas Gerais, com seus 853 Municípios, existem 230 Promotorias da Saúde atuando de forma independente, com foco na resposta aos problemas locais. Nas cidades menores, a prioridade é a organização da atenção básica, mas os problemas de acesso aos serviços da atenção secundária e terciária mobilizam os promotores. Nas cidades maiores, a atuação é mais complexa, com mais variáveis envolvidas.

Utilizado como instrumento de análise e interpretação que se mostra apto a permitir visualização ampla da complexidade que envolve a promoção da saúde, como direito humano, o *Diamante Ético*, mencionado na conclusão do primeiro capítulo como solução viável para a hermenêutica do direito coletivo à saúde, funciona também como instrumento hábil para a compreensão das questões de direito sanitário enfrentadas pelo Plano Nacional do Ministério Público em Saúde.

O exame segue dois eixos, que se entrecruzam nas várias capas do diamante e cada face mantém-se em permanente relação com todas as outras. Em linha vertical, no eixo conceitual, apresentam-se as teorias, os valores, as narrações e as instituições. Na linha horizontal, o eixo material contém as forças produtivas, as relações sociais de produção, a historicidade e o desenvolvimento. Os quatro elementos restantes – posição, disposição, espaços e práticas – podem figurar em um ou outro eixo, ou em ambos, conforme a situação.

Trata-se, vale lembrar, de um modelo, que não se apresenta como esquema rígido, fixo, imutável. Pelo contrário, em cada situação concreta, caberá ao intérprete a identificação dos elementos determinantes e sua posição relativa. Interessante observar que na exposição

apresentada em *El vuelo de Anteo*, obra publicada em 2000, Joaquín Herrera Flores arrolou doze elementos em dois eixos – material e conceitual. Depois, em *A (re)invenção dos direitos humanos*, quatro elementos ganham mobilidade: posição, disposição, espaços e práticas.

O que se busca é gerar a capacidade de compreender uma situação social na qual estão em jogo as formas de satisfação de determinadas necessidades humanas “desde” uma concepção materialista e relacional dos direitos humanos. A melhor satisfação das necessidades terá como resultado a maior concretização dos direitos, o que fará com que nos aproximemos de um ideal de dignidade humana estabelecido a partir de seus conceitos materiais.²¹⁹

Por outra perspectiva, o esboço original é também apresentado em representação tridimensional, na qual são configuradas três capas: uma primeira, constituída por categorias genéricas; a intermediária, relacionada com o caráter impuro, contaminado de realidade, dos direitos humanos; e a terceira, associada aos processos de luta. Além disso, ao centro, no ponto de convergência que orienta e organiza todas linhas e todas as faces do *Diamante Ético*, figura a vida digna. Todos esses elementos podem ser identificados no PNA do Ministério Público em Saúde, que começa destacando as **teorias** que sustentam o projeto de ação social idealizado. Entre as **instituições**, a intersetorialidade mostra as relações entre gestores públicos da saúde, prestadores de serviços, públicos e privados, e associações de usuários.

A figura tridimensional do *Diamante Ético* apresenta a vida digna como ponto de chegada. Não há, porém, um ponto de partida. Podemos começar a partir de qualquer dos elementos e configurá-los livremente, conforme determine o suporte fático sob exame. No exame do PNA, optamos pelos elementos genéricos, como ponto de partida, apontando teorias, instituições, forças produtivas e relações sociais de produção.

Estamos diante de um conjunto de elementos que compõem os processos sociais e econômicos. É possível entender o que são os direitos, ou leva-los à prática, sem conhecer as teorias que impulsionaram as lutas em benefício da dignidade ou as instituições que hipoteticamente garantem os resultados provisórios conquistados? [...] é indispensável o conhecimento das instituições, já que estas outorgam o suporte a essa estrutura cognitiva. Se uma teoria chega a ser posta em prática institucionalmente, aumenta sua capacidade de “durar”, de ser “transmitida” e, inclusive, de “resistir” a possíveis deformações. [...] do mesmo modo, que visão dos direitos teríamos sem conhecer os contextos econômicos – quer dizer, as relações entre as forças produtivas e as relações sociais de produção – em que vivemos? A forma como se produz e as relações humanas que tal forma induz constituem uma base cultural e social muito importante na sociedade.²²⁰

As **teorias** têm como base a visão da saúde como direito de todos e dever do Estado e

²¹⁹ HERRERA FLORES, 2009, p. 123.

²²⁰ HERRERA FLORES, 2009, p. 127-129.

os princípios da integralidade, universalidade e gratuidade definidos pela Constituição Brasileira de 1988. O PNA começa apresentando um diagnóstico geral e a visão, consensual entre seus subscritores, de que a ação institucional deve priorizar a atuação “na área de atenção coletiva à saúde”, a “atenção básica” e os “cuidados específicos às populações mais vulneráveis”. Tal diretriz se deve à interpretação do texto constitucional, que coloca a prevenção e a proteção antes da recuperação. Ou seja, as ações de vigilância em saúde são mais importantes que as de recuperação. Examinando, porém, o funcionamento da saúde pública em todo o País, nota-se exatamente o contrário. Pouca atenção, além de financiamento precário, às ações de vigilância sanitária, epidemiológica e ambiental, e a prevalência do hospital como centro, tanto no imaginário popular quanto na distribuição dos recursos materiais. A Comissão Permanente de Defesa da Saúde do CNPG diz que tal modelo “é morbo-cêntrico, isto é, ordenado e organizado para a recuperação da saúde e seu respectivo custeio” e conclui que tal modelo “contraria a letra constitucional”.

Outra justificativa para que tal preocupação apareça no rosto do PNA é a constatação de que, no dia-a-dia, principalmente nas Promotorias gerais, a atuação tem-se caracterizado pela tutela de demandas individuais, o que acaba por reforçar o criticado modelo que tem o hospital como centro. Pesquisa realizada pela Escola de Saúde Pública, objeto de convênio celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e o Ministério Público de Minas Gerais, mostrou que, no universo das ações propostas por promotores de justiça, os casos individuais envolvendo pedidos de internação e medicamentos têm preponderado sobre as ações coletivas. Com a explosão da judicialização de direitos individuais, os pedidos coletivos se tornaram estatisticamente irrelevantes.

A judicialização de pretensões relacionadas a interesses sociais tem um efeito político. Interfere no governo do Município ou do Estado. Daí a grande polêmica em torno da crescente intervenção do Judiciário no campo das políticas públicas. Com a saúde não é diferente. As demandas coletivas têm caráter político, refletem a cobrança da sociedade em relação aos direitos assegurados pela Constituição. Os casos individuais, em princípio, não teriam tal dimensão. Entretanto, na medida em que se multiplicam as ações individuais, com pedidos de internações e medicamentos, por exemplo, seu deferimento pelo Judiciário produz impacto nas políticas públicas, nem sempre positivo. Enquanto na ação coletiva é possível discutir os contextos, o quadro epidemiológico, as opções terapêuticas, as dificuldades de financiamento, por exemplo, na demanda individual a pretensão aparece descolada da política pública correspondente, imune a ela. A conclusão da Comissão Permanente de Defesa da Saúde, que considera inconstitucional o modelo morbo-cêntrico, vale também como crítica às

demandas individuais que reproduzem tal modelo. Transcreve-se, a propósito, o seguinte trecho do plano:

Há claros sinais de iminente esgotamento dessa fórmula administrativa, porque são descuradas as devidas ações do Poder Público voltadas para medidas de prevenção, como determina o art. 198, II, da C.F. Assim sendo, o modelo em vigor absorve crescentes custos, que tendem à perpetuação, até atingir ponto de ruptura de financiamento, impondo soluções seletivas ou, mesmo, a modificação do marco regulatório constitucional.

O Plano Geral de Atuação, aprovado em 2006, demonstra comprometimento com a implementação do SUS constitucional e manifesta preocupação quanto à propostas de “soluções seletivas” ou, em outras palavras, a substituição do modelo que reconhece a todos o direito à saúde por outro, com políticas focalizadas, para pobres, e maior liberdade para que o mercado continue ampliando seus lucros com a doença. Para isso, a estratégia proposta é enfatizar a cobrança de ações de saúde preventiva; aprofundar a democracia, por meio do aperfeiçoamento do controle social, e principalmente fiscalizar os planos de saúde (nacional, estaduais e municipais). Só assim, acredita-se, será possível implementar um sistema público que garanta saúde, com qualidade, para todos.

Para a fiscalização da boa aplicação dos recursos da saúde, é imprescindível que se conheça o plano de saúde do Município. Se não há plano, ou se o plano não contém um diagnóstico atual e completo da situação epidemiológica da região, certamente haverá desperdício de dinheiro público. Foi essa a percepção da administração superior do Ministério Público de Minas Gerais ao enfatizar as leis de planejamento e as políticas públicas no ato que instituiu as Promotorias de Saúde. Se o promotor de justiça conhece o plano de saúde, acompanha as entradas e saídas de recursos do Fundo Municipal de Saúde e trabalha em harmonia com o Conselho Municipal de Saúde, suas ações de fato contribuem para o fortalecimento do SUS constitucional.

Outro elemento da primeira capa do *Diamante Ético* é representado pelas instituições. As instituições compreendem as normas, regras e procedimentos que articulam “hierárquica e burocraticamente” a solução de conflitos ou a satisfação de expectativas, materializando-se em “espaços de mediação nos quais se cristalizam os resultados sempre provisórios das lutas sociais pela dignidade”²²¹.

Tal matéria, no PNA, constitui um grande eixo temático – a gestão do SUS, a rede de assistência, os fornecedores de produtos e serviços de interesse da saúde, os usuários,

²²¹ HERRERA FLORES, 2009, P. 129.

organizando-se em associações, os trabalhadores e sua estrutura sindical, o parlamento, o Poder Judiciário e o Ministério Público. O Ministério Público como um todo percebe que a atuação em relação à saúde exige maior articulação entre seus vários braços – Estadual, Federal, Militar e do Trabalho – e constata que a atual sistemática de abordagem, tanto judicial quanto administrativa, “tende à fragmentação e à resolução pontual de conflitos”, mostrando-se urgente a revisão crítica das ações desenvolvidas e avaliação permanente de seu impacto sobre “os indicadores sócio-sanitários de cada Município, Estado e União”.

O Plano, seguindo a diretriz fundadora da *Carta de Palmas*, de 1998, recomenda que os procuradores-gerais criem Promotorias de Justiça/Procuradorias da Saúde e Centros de Apoio Operacional “para que se proporcione o devido suporte técnico aos órgãos de execução”. Cabe também ao chefe da instituição a tarefa de promover a integração entre seus vários órgãos de execução, ou seja, articular-se internamente em torno de uma política de atuação para a saúde, bem como estimular e facilitar o diálogo permanente dos promotores de justiça com os membros do Poder Judiciário, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil “e demais entes com atribuição na área e com representações da sociedade civil”.

A Comissão Permanente de Defesa da Saúde, instituída pelo CNPG, ficou encarregada de manter relações com o Conselho Nacional de Saúde (CNS), Tribunal de Contas da União (TCU), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Conselhos Éticos, entidades da sociedade civil organizada, Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) e Comissão Intergestores Tripartite (CIT) “compartilhando o conhecimento dos atos de interesse com os demais órgãos do Ministério Público”.

Para as relações com a Secretaria de Estado da Saúde, o documento indica os Centros de Apoio Operacional (CAO), “ou órgãos congêneres”. Também cabe ao CAO da saúde o acompanhamento da Comissão Intergestores Bipartite (CIB), integrada pelos Secretários Municipais de Saúde, o Tribunal de Contas estadual, os Conselhos Éticos de todas as categorias de profissionais da saúde, e os órgãos do Poder Legislativo estadual e municipal.

A Promotoria de Justiça é o núcleo para o qual convergem as teias de relações que se estabelecem a partir das ações do procurador-geral, da Copeds e do CAO-Saúde. No nível local, além do trato corrente com a Secretaria Municipal de Saúde e com os serviços de saúde, o promotor de justiça mantém relações institucionais com os Conselhos de Saúde, o Poder Legislativo e as entidades da sociedade civil organizada.

A saúde, no Brasil, conta com instituições bastante específicas, cujo conhecimento é importante para a tutela coletiva. Entre elas, o controle social (por meio de Conferências e

Conselhos de Saúde), o fundo municipal de saúde e a regionalização, com macro e microrregiões, nas quais ocorre a pactuação entre os gestores por meio da Programação Pactuada e Integrada (PPI), forma de organização típica do Sistema Único de Saúde.

Na primeira capa do *Diamante Ético*, o eixo conceitual mostrou-se forte: ideias e instituições bem identificadas. Não aparecem de forma tão clara os elementos que compõem o eixo material. As forças produtivas e as relações sociais de produção não foram apontadas de forma sistemática, mas sim mencionadas de forma tácita, indireta e dispersa, em vários pontos do documento. A referência ao modelo morbo-cêntrico coloca o hospital, a clínica, o ponto de atenção médico-hospitalar como centro de produção das ações e serviços de saúde. A nota introdutória ao plano também menciona a “pressão de oferta de incorporação tecnológica”, mas não narra ou discute suas causas, o *marketing* da indústria farmacêutica e suas relações com o modelo de atenção adotado.

Essa lacuna não compromete as conclusões da COPEDS, que definiu um plano com linhas de atuação comprometidas com o acesso de todos os brasileiros às ações e serviços de saúde. Apesar disso, entre os motivos que levaram o documento a omitir um perfil das forças produtivas e das relações sociais de produção, encontra-se a dificuldade de fazê-lo sem superar barreiras impostas pela divisão interna de trabalho no Ministério Público. A multiplicação de Promotorias especializadas produz, como efeito colateral indesejado, a fragmentação da cognição sobre as situações problemáticas.

As Promotorias de Justiça de Saúde não cuidam das atividades desenvolvidas no âmbito da saúde suplementar, o sistema custeado pelos planos privados de assistência à saúde. Tampouco são responsáveis pela fiscalização das entidades do terceiro setor – entidades filantrópicas, fundações, associações filantrópicas, que atuam na saúde. Talvez por isso o PNA trate perfunctoriamente das forças produtivas, inclusive em relação aos recursos humanos, limitando-se aos problemas dos serviços públicos prestados diretamente pelo Estado.

Embora se trate de uma só grande engrenagem de forças produtivas orientadas pela lógica do mercado – hospitais, clínicas, farmácias, serviços de apoio diagnóstico, etc. –, apenas parte do financiamento provém diretamente dos cofres públicos. Parcela significativa dos serviços é custeada com recursos arrecadados pelos planos privados de assistência à saúde, a chamada saúde suplementar. Além disso, a rede pública atende apenas parte da demanda. Há muitos estabelecimentos privados de saúde que vendem serviços para o Estado, constituindo a chamada rede complementar. O desenvolvimento das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, ocorrido no início da década de 1990, coincidiu com a crescente

litigiosidade que levou à regulamentação desses planos privados e à criação de uma agência reguladora, a ANS. Desde então, cabe à Promotoria do Consumidor o trato das questões relativas aos serviços privados de saúde. Nascidas depois, as Promotorias de Saúde permaneceram com sua esfera de atuação restrita ao SUS.

O exame das forças produtivas e das relações sociais de produção aponta para a necessidade de superação dessa dicotomia. Tanto na saúde pública e gratuita quanto nos planos privados de assistência à saúde, os problemas são muito semelhantes e têm origem na organização dos serviços decorrente de um modelo de atenção que atende aos interesses do capital internacional: a indústria que fornece equipamentos e medicamentos; serviços especializados, tecnologia protegida por patentes. Gestores públicos e privados enfrentam a pressão por incorporação tecnológica, a precarização das relações trabalhistas, a avalanche de ações individuais em prejuízo de políticas de alcance coletivo, o subfinanciamento, a corrupção. É preciso unir os que trabalham com saúde pública aos especialistas em infância e juventude, idosos e deficientes, direito do consumidor, proteção ambiental, proteção ao patrimônio público, etc. Mais adiante, ao avaliar a evolução e as perspectivas do Ministério Público brasileiro voltaremos a este ponto.

Quanto às relações sociais de produção, devem também elas ter sua configuração reconhecida pelo Ministério Público. Aliás, reconhecida por todos, especialmente no mundo jurídico. O paradigma do direito subjetivo, a imagem da relação bilateral, estática, na qual um objeto dá conteúdo ao vínculo entre dois sujeitos, credor e devedor, titular de direito e obrigado, dificulta a compreensão da complexa rede de pessoas e instituições envolvidas com a saúde. A rede de atenção à saúde, com componentes públicos e privados, é uma rede de contratos, da mais variada espécie. Vínculos que se estabelecem entre os gestores de saúde da União, Estados e Municípios, de forma horizontal e vertical, e entre estes e os estabelecimentos de saúde prestadores de serviços de complexidade variada – alguns públicos, outros privados.

A conexão ou interligação de contratos é um fenômeno econômico que o direito contratual clássico desconhecia e, ainda hoje, permanece ignorado pelos manuais de Direito Civil utilizados nas faculdades. Na organização em rede, não vale a tradicional regra que limita a oponibilidade dos direitos de crédito à pessoa do devedor. Hoje a maior parte dos contratos são interligados e a responsabilidade solidária, quando prevista em lei, atinge todos os envolvidos.

São várias as formas como os contratos se conectam. A mais simples é a cadeia de fornecimento através da qual se pode desenhar uma linha que vai do produtor ao consumidor

através de uma série de intermediários. É o caso do produtor rural que entrega sua alface a um transportador, responsável por fazê-la chegar a um grande distribuidor, o qual, por sua vez, fornece o produto a uma quitanda onde o produto é vendido ao destinatário final, o consumidor. A cadeia é linear, vertical, e os atos jurídicos acontecem sucessivamente, ao longo de um determinado período de tempo²²², apresentando-se com frequência no fornecimento de produtos.

Sabe-se que o ciclo econômico do produto resume-se a três etapas: produção, distribuição e consumo. Essa natureza trifásica implica ser o produto um bem circulável, passível de trafegar por diversos agentes distribuidores (atacadistas e varejistas) antes de sair da esfera do mercado. (...) O serviço, pelo contrário, é bem destituído de circulabilidade, porque seu ciclo econômico, por natureza, é bifásico: não existe a etapa intermediária da distribuição.²²³

A rede funciona de modo diferente. Os vários distribuidores ou fornecedores devem agir de maneira coordenada, e os serviços “circulam” sem que exista transferência de domínio. Enquanto na cadeia os atos jurídicos são sucessivos, na rede a atuação é simultânea.

Assim ocorre na saúde pública e nos planos de saúde. O gestor de saúde, no caso do SUS, e a operadora, na saúde suplementar, funcionam como organizadores de rede, e sua atividade, nesse aspecto, consiste em selecionar e contratar profissionais e empresas para atender às necessidades do cidadão, usuário ou consumidor. Com a reorganização do mundo do trabalho e a crescente terceirização de serviços, os profissionais e empresas contratados subcontratam serviços e, na maior parte dos casos, a pessoa que diretamente interage com o usuário não possui vínculo com o Estado ou, no caso do consumidor de plano de saúde, com a pessoa jurídica com a qual contratou.

Na execução do contrato, os serviços serão prestados pelo médico ou pelo hospital diretamente ao cidadão e, simultaneamente, estará sendo cumprida a obrigação assumida pelo estabelecimento de saúde através de contrato celebrado com o SUS ou com a operadora de plano de saúde. A prestação tem um destinatário imediato – o cidadão – mas satisfaz a obrigação contraída com um terceiro, o gestor de saúde ou a operadora de plano de saúde.

No caso do SUS, há um problema adicional: a falta de formalização, em instrumento escrito, dos contratos celebrados com os prestadores de serviço privados. Trata-se de problema antigo, com raízes no sistema de previdência que foi substituído pelo SUS. Muitos hospitais privados que prestavam serviços para o Estado, vendendo-os para a previdência,

²²² LORENZETTI, 1999, t. I. p. 45.

²²³ ANDRADE, 1995. p. 64.

continuaram a fazê-lo após a implantação do SUS, mas jamais foi formalizada tal prestação, em instrumentos contratuais. Os serviços são faturados pelos fornecedores e pagos pelo Estado, que, a pretexto de não interromper os serviços que já são prestados à população, mantém informal a relação com esses hospitais, que, sem contrato, ganham força para impor suas condições ao gestor de saúde. A falta de contratos enfraquece o SUS porque nunca se sabe ao certo quais serviços e em que quantidade estarão disponíveis. O paciente público é bem recebido quando há leitos disponíveis, mas, quando alguém paga mais caro, o usuário do serviço público é quem primeiro fica desassistido.

Um dos valores que orientaram a concepção do *Diamante Ético* é o caráter impuro dos direitos humanos, reivindicado pela teoria crítica. Herrera Flores pontua que, desde o paradoxo de Zenão (490/430 aC) até o contemporâneo “patriotismo constitucional”, a forma cultural de ver o mundo privilegia o “sequestro da realidade”, ocultando deliberadamente os contextos sob o pretexto de manejar o objeto “puro”, “incontaminado”. Como consequência, na medida em que cresce a abstração, mais distante fica a realidade.

Assim, a teoria “impura” dos direitos humanos se constrói permanentemente contaminada pelos contextos, pela aspereza, mestiçagem, disparidade e rugosidade do real. O puro se apresenta estático, único, imutável, enquanto o impuro, que inclui o “outro”, oferece possibilidades infinitas à reflexão e ao discurso porque está “em relação” com os fenômenos: é determinável sua “posição” em um espaço, sua “dis-posição” em face do outro e a possibilidade de sua “narração”, dada sua estreita conexão com o permanente “vir a ser” temporal.

Em geral, os manuais de direito se limitam a interpretar a legislação que regula as ações e serviços de saúde. Poucos os que apresentam os contextos em que se dão os conflitos de interesses que são objeto da regulamentação do Estado. Aqui, a opção por estudar a matéria a partir dos problemas que o cidadão usuário do sistema de saúde leva até os promotores de justiça exige que avaliemos as questões em tempo preciso e espaço determinado. Nossa investigação cobre o período de vigência da atual Constituição brasileira (1988/2015) e se ocupa de problemas que ocorrem em ações e serviços de saúde executados nos municípios do Estado de Minas Gerais. Acompanhamos o desenrolar do movimento da reforma sanitária brasileira e a teia de narrativas que permeia a humanidade desse campo, sob perspectiva crítica.

Nesse sentido, porque contaminada de contexto, a teoria crítica dos Direitos Humanos se apresenta como impura. Ao fugir do formalismo, da análise abstrata de normas jurídicas, da elaboração de conceitos pretensamente definitivos, colocamo-nos diante dos problemas

concretos que enfrentam os corajosos lutadores que têm participado da implementação de um sistema de atenção à saúde com as bandeiras da universalidade, da integralidade e da gratuidade. A riqueza do PNA consiste exatamente em dar visibilidade a esses problemas e colocar diretrizes para seu enfrentamento. Daí a opção pelo uso do *Diamante Ético* para o diagnóstico do contexto em que se dá a atuação dos Promotores de Justiça em matéria de saúde. O plano se refere a uma situação concreta, bem diagnosticada, e oferece meios para que se conheça seu contexto. Por isso, conforme leciona Herrera Flores, pode ser objeto de conhecimento.

Somente o impuro pode ser objeto de nosso conhecimento. Estabelecer uma teoria pura sobre uma determinada matéria, qualquer que seja, supõe uma *contradictio in terminis*, porque não podemos teorizar sobre o que não podemos conhecer, senão meramente contemplar. O puro não tem partes e só admite uma narração indireta (como chegar ao puro despojando-nos de todo o impuro). Só o impuro é *cognoscível*, sempre e quando se encontra situado em um espaço, em um contexto. Também, só o impuro é *descritível*, divisível em partes e considerado plural, ou seja, composto de partes próprias e de partes com-partidas. E, finalmente, só o impuro é relatable, somente o que está submetido ao tempo, o que está submetido ao devenir, pode ser objeto de narração.²²⁴

Na segunda capa do *Diamante Ético*, nosso olhar se volta para as posições e as disposições. As posições em que se situam os protagonistas nos processos de acesso aos bens e as dis-posições ativas desses mesmos agentes, em face de outros atores. Se estamos tratando do papel do Ministério Público na implementação do SUS, na garantia do acesso igualitário de todos aos serviços de saúde, a investigação se dirige às posições ocupadas pela instituição e seus agentes nesse processo. Tais posições se marcam em relação aos papéis desenvolvidos por outros atores – usuários, prestadores de serviços, gestores de saúde, membros do Poder Legislativo, conselheiros de saúde, magistrados, advogados públicos e privados, etc. – e estão associadas às dis-posições correspondentes, ou seja, à “consciência” da posição que ocupam no processo de concretização do acesso às ações e serviços de saúde e à “consciência” de como atuam em referido processo.

Observa-se também que, na evolução das reflexões em torno do *Diamante Ético*, as posições relativas dos elementos **posição** e **dis-posição**, inicialmente fixas, passaram a ser vistas como móveis, ou seja, ambas podem figurar no eixo conceitual e no eixo material, conforme o caso. Temos, assim, a posição idealizada, no eixo conceitual, e a posição real, no eixo material. Um exemplo comum é o do secretário municipal de saúde que, teoricamente, figura como gestor do sistema. Na prática, em muitos casos, o gestor “de fato” do sistema

²²⁴ HERRERA FLORES, 2000, p. 31.

municipal é o administrador do hospital que, como porteiro, define quem entra e quem é “encaminhado” para outro estabelecimento de saúde. Da mesma forma, idealmente o gestor do SUS atua com a disposição de prover assistência à saúde de todos. Na prática, em muitas situações, prevalece a disposição de atender preferencialmente aos amigos e angariar apoios políticos. Temos, assim, tanto posição quanto disposição como conceito e como ação material.

O Plano começa destacando a posição constitucional do Ministério Público como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), constituindo função institucional zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na carta federal, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (art. 129, II). Mais adiante, ao tratar das competências de seus vários órgãos, fixa as posições de cada um, organizando a ação institucional em face da complexa rede de atores que intervém no sistema de saúde. Tal rede de relações foi anteriormente indicada, quando tratamos das instituições e da intersectorialidade. Em suma, cabe aos procuradores-gerais o papel político de interlocução política com os demais poderes e instituições, tarefa que dividem com os Centros de Apoio Operacional, responsáveis pelo acompanhamento da elaboração e execução das políticas de saúde, pela articulação e integração das Promotorias de Justiça e destas com os gestores e prestadores de serviços de saúde.

A posição de maior destaque é da Promotoria de Justiça. A ela cabe zelar pela garantia dos direitos assegurados aos trabalhadores da saúde, merecendo ênfase a tarefa de velar pela regularidade formal e execução de política de recursos humanos na área da saúde. Cabe ao gestor de saúde organizar um sistema de formação em todos os níveis de ensino, inclusive de pós-graduação, além da elaboração de programas de permanente aperfeiçoamento de pessoal (Lei n.º 8080, de 1990, art. 27). As Promotorias acompanham também o planejamento e a execução dos orçamentos da saúde, fiscalizando os recursos destinados aos Fundos de Saúde, e mantêm relações com a sociedade civil, o Poder Legislativo e com os Conselhos de Saúde dos Municípios e do Estado.

Todos esses elementos colhidos do PNA revelam a postura que a instituição assume e consolida em relação ao SUS. Conforme se verá adiante, a posição do Ministério Público em relação à saúde enquanto direito social evoluiu ao longo da última década do século XX e continua a transformar-se em decorrência das mudanças no contexto, das pressões dos demais atores e principalmente da própria evolução da instituição, que cada vez se distancia mais do modelo colonial e de instituições congêneres em outros países. A forma como as pautas estão

definidas para os órgãos de execução, principalmente para as Promotorias de Justiça, revela orientação alinhada com a ideia de um Ministério Público resolutivo, ou seja, de uma instituição que age, independentemente de provocação, em defesa dos interesses sociais, com o propósito de alcançar a realização dos direitos sem a necessidade de recurso ao Poder Judiciário.

Para o promotor de justiça Marcelo Pedroso Goulart, do Ministério Público do Estado de São Paulo, fundador do movimento conhecido como Ministério Público Democrático, é importante politizar a atuação do Ministério Público por meio do prévio esgotamento de todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução de conflitos (mediação), afirmando os valores democráticos e buscando a realização dos direitos sociais²²⁵.

A defesa de interesses coletivos e difusos implica, em regra, interferência nas relações estruturais da sociedade, portanto, nas relações de produção, de poder e de saber. Realça as contradições sociais e, por isso, apresenta potencial transformador. Ou seja, se bem trabalhada, a defesa de interesses coletivos e difusos pode abrir caminhos para mudanças de caráter estrutural, que cumulativamente contribuem para a transformação da sociedade. [...] O membro do Ministério Público deve ter claro que sua atuação, nesse campo, não se limita ao restrito espaço do sistema da Administração da Justiça, sob pena de ineficácia social de seu trabalho. Os conflitos decorrentes da tutela desses interesses superam, evidentemente, os aspectos jurídico-processuais. Os aspectos jurídicos, o andamento dos processos que têm por objeto tais questões e as decisões judiciais vão a reboque da batalha extra-autos que se trava no âmbito da sociedade civil e estão condicionados pelas relações sociais que articulam os interesses contrapostos dos agentes coletivos. A correlação das forças sociais antagônicas é fator determinante do sucesso da empreitada jurídica. Esse sucesso depende, muitas vezes, de todo um trabalho, de um conjunto de medidas que não somente antecedem a instauração dos procedimentos administrativos e dos processos judiciais, mas vão além deles, uma vez instaurados.²²⁶

No âmbito dos interesses sociais, a dimensão política da atuação deve ser reconhecida e ponderada, como ocorreu no PNA. Os casos que envolvem interesses coletivos geram demandas “políticas” porque possuem um caráter distributivo, ou seja, o que se reivindica é a partilha ou distribuição de benefícios ou malefícios, de forma coletiva, em ações cujo impacto é bastante diferente daquele alcançado em ações individuais, ancoradas na ideia de justiça comutativa e nas quais o resultado é sempre um jogo de soma zero. Em outras palavras, “o conflito está em ‘quanto’ ou em ‘que proporção’ cada um perde ou ganha”²²⁷, e não na simples vitória ou derrota de uma das partes. A intervenção afeta comunidades inteiras e a posição do Promotor de Justiça é a de alguém envolvido no problema e comprometido com a solução. Não cabe, em casos de interesses coletivos, a postura distante, supostamente neutra

²²⁵ GOULART, 1998, p. 121.

²²⁶ GOULART, 2013, p. 173.

²²⁷ LOPES, 2006, p. 231.

ou imparcial, que se costuma atribuir aos órgãos judiciais.

Assim, a posição do promotor de justiça é de parte comprometida com a realização dos direitos sociais em um ambiente democrático, e cada membro deve agir disposto a promover mudanças capazes de garantir o efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos assegurados a cada cidadão, que, no caso específico, consiste no acesso às ações e serviços de saúde.

Dis-posição para conhecer o perfil sanitário da comunidade à qual serve, as doenças prevalentes, as causas de morte e morbidade, os serviços disponíveis; dis-posição para conhecer as políticas e os recursos financeiros da área da saúde; dis-posição para compreender as forças produtivas e as relações sociais que envolvem a produção de ações e serviços de saúde; dis-posição para identificar e colocar em diálogo os vários atores envolvidos na promoção da saúde; dis-posição para realizar audiências públicas, etc.

Narrativas e historicidade completam o segundo círculo. Nas pinturas das cavernas, no Egito, Grécia e Roma, ou na Bíblia, em tantas passagens, a saúde e a doença sempre estiveram presentes no imaginário humano. São muitas as narrativas. Doenças e doentes paradigmáticos. E o PNA pode ser lido a partir de qualquer dessas narrativas. No campo de nosso estudo – a incorporação tecnológica na saúde, tão grande foi a concentração econômica do setor farmacêutico, dominado hoje por meia dúzia de gigantes, mundiais – a narrativa central é a globalização e suas consequências.

Não parece que faltem no mundo de hoje situações ou condições que nos suscitem desconforto ou indignação e nos produzam inconformismo. Basta rever até que ponto as grandes promessas da modernidade permanecem incumpridas ou o seu cumprimento redundou em efeitos perversos. No que respeita a promessa da igualdade os países capitalistas avançados, com 21% da população mundial, controlam 78% da produção mundial de bens e serviços e consomem 75% de toda a energia produzida. Os trabalhadores do Terceiro Mundo do sector têxtil ou da eletrônica ganham 20 vezes menos que os trabalhadores da Europa e da América do Norte na realização das mesmas tarefas com a mesma produtividade. Desde que a crise da dívida rebentou no início da década de 80, os países devedores do Terceiro Mundo tem vindo a contribuir em termos líquidos para a riqueza dos países desenvolvidos, pagando a estes em média por ano mais 30 bilhões de dólares do que o que receberam em novos empréstimos. No mesmo período, a alimentação disponível nos países do Terceiro Mundo foi reduzida em cerca de 30%. No entanto, só a área de produção de soja no Brasil daria para alimentar 40 milhões de pessoas se nela fossem cultivados milho e feijão. Mais pessoas morreram de fome no nosso século que em qualquer dos séculos precedentes. A distância entre países ricos e países pobres e entre ricos e pobres no mesmo país não tem cessado de aumentar.²²⁸

Ao lado das narrativas, a historicidade é outro aspecto importante da segunda capa do

²²⁸ SANTOS, 1999, p. 197.

Diamante Ético, também associada ao caráter impuro da teoria crítica. A situação atual do direito à saúde no Brasil e a intervenção do Ministério Público em sua realização são resultado de um processo de luta conhecido como *Movimento Sanitário*. O PNA não contém referência direta a esse processo, mas toma como ponto de partida o texto constitucional, seu principal produto, e menciona expressamente uma série de documentos que, produzidos no seio da instituição, constituem resposta às sucessivas provocações feitas a partir do *Movimento Sanitário*. Trata-se da *Carta de Palmas* (TO), subscrita para todas as chefias do Ministério Público brasileiro, em 1998; da *Carta de Salvador*, editada em 2004 (*I Encontro Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde*), e dos documentos finais do *II Encontro Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde*, realizado em Palmas (TO), no mês de setembro de 2005.

Devido à importância atribuída à historicidade para a definição do papel do Ministério Público na garantia da saúde, como direito, todos estes documentos foram melhor examinados na seção que trata da evolução institucional na tutela dos interesses sociais e da democracia. Frisa-se, por ora, que o plano expressamente registra seus antecedentes, reportando-se aos principais documentos produzidos por suas lideranças nos últimos dez anos. A compreensão desse processo de luta que já se estende por quatro décadas é imprescindível para a interpretação das normas de direito sanitário e do PNA.

A Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde buscou recuperar informações sobre a dinâmica do processo de Reforma Sanitária no Brasil a partir da trajetória do movimento social. Seu resultado, consistente na publicação denominada *A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do processo participativo* contém muitas referências à participação do Ministério Público, e seu importante papel como aliado dos sanitaristas. A transcrição de um pequeno trecho de suas conclusões oferece uma rápida visão do caminho percorrido:

O eixo que articulou e costurou este trabalho – a relação entre o instituinte e o instituído – encontrou repercussão nas falas dos entrevistados. A relação instituinte-instituído se manifesta como um processo, na dinâmica de construção e implementação do SUS desde seus primeiros momentos, ainda na década de 70, passando pelos anos de 1986 a 1988 – da 8ª Conferência Nacional de Saúde à promulgação da Constituição Federal – até chegar a 2006, quando se encerra esta pesquisa.

Nesse período a economia, a política e a organização/mobilização da sociedade marcaram a trajetória do movimento sanitário como instituinte-instituído no sistema de saúde brasileiro. Destacam-se a constituição e consolidação do movimento sanitário, ainda no período autoritário; o momento de grande mobilização pelo direito à saúde, no governo da chamada Nova República, com José Sarney; a pressão, a negociação e a conquista da Lei nº 8.142/90, no governo Fernando Collor; a extinção do Inamps e a negociação da NOB93, no governo Itamar Franco; as

resistências, pressões e negociações pelo financiamento, no governo Fernando Henrique Cardoso; e os aprofundamentos e contradições do controle social e do SUS, a partir do governo Lula.

Pode-se considerar que nessas quase quatro décadas o horizonte do movimento foi o direito à saúde, tanto no contexto político do autoritarismo quanto no da institucionalização da democracia, na busca de um sistema universal, descentralizado e participativo, demarcado na Constituição Federal, na lei e nas normas.

Nesse processo, o movimento soube combinar, ao mesmo tempo, a pressão, a negociação e a aprendizagem, conquistando vitórias, tendo como horizonte não só o marco legal, mas também a garantia de pleno funcionamento do Sistema Único de Saúde, dentro do pacto federativo descentralizado e com controle democrático da população. A organização do movimento buscou integrar vários e dispares atores num objetivo comum, construído no debate plural de idéias e projetos. [...]

Percalços, dificuldades, obstáculos, equívocos, desvios, reencaminhamentos e demais situações foram evidenciadas naquilo que consideramos como um processo de construção do SUS, consolidação e aprimoramento de suas instâncias de controle democrático.

Novos desafios se apresentam, e velhos desafios se reapresentam na conjuntura onde o bloco do governo é liderado pelo Partido dos Trabalhadores, desde 2003: o financiamento do SUS; a qualidade dos serviços; a força dos gestores e a burocratização; o enfrentamento do clientelismo e do corporativismo; e a partidarização dos conselhos, em contradição com a conquista da cidadania e a ética do cuidado.

Nessa história, crescente tem sido o protagonismo do Ministério Público. Na medida em que mais e mais pessoas passam a acreditar na ideia de saúde como direito à via judicial e a Promotoria ganha importância como via de acesso a um bem precioso – as ações e serviços de saúde –, o PNA responde a essa demanda, e só pode ser interpretado a partir dela.

Finalmente, chegamos aos quatro elementos que compõem a terceira capa do *Diamante Ético*, aquela que mais próximos nos coloca de nosso objeto. Aqui nos confrontamos com os **espaços** e os **valores**, o **desenvolvimento** e as **práticas sociais** que vislumbramos no Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em Saúde (PNA). Também aqui, os elementos espaço e práticas sociais apresentam mobilidade, devendo ser observados tanto sob o aspecto conceitual quanto do ponto de vista material.

Em matéria de direitos sociais, o **espaço** privilegiado em que se desenvolvem as ações são as políticas públicas. Não há como garantir à coletividade o acesso universal e igualitário à saúde ou o acesso à educação senão por meio de políticas públicas. Trata-se de um espaço simbólico no qual se criam, reproduzem e transformam as ações, produtos e serviços necessários à satisfação destes direitos. Na exposição de motivos do PNA, a Comissão Permanente sugere que seja priorizada a observância dos planos de saúde (nacional, estaduais e municipais), documentos nos quais são fixadas as “linhas diretivas e reguladoras de políticas públicas de saúde”. Do plano nacional de saúde saem as políticas de saúde da União. Dos

planos estaduais, as políticas públicas de saúde definidas no âmbito de cada Estado da Federação. De igual modo, nos Municípios, as políticas de saúde locais têm sua origem em um plano municipal de saúde.

Na compreensão das políticas públicas, o propósito da criação de condições de “vida digna” constitui elemento central. Assim a definição-síntese proposta por Patrícia Arzabe:

Políticas públicas podem ser colocadas, sempre sob o ângulo da atividade, como conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos.²²⁹

As políticas decorrem de um plano, e o plano é uma lei. De observância obrigatória, portanto, e que se desdobra, para fins de execução, nas leis de planejamento plurianual e nas leis orçamentárias. Sua execução, em regra, é objeto de detalhada regulamentação por parte do gestor de saúde. Tanto se pode observar o espaço das políticas públicas em abstrato, no eixo conceitual, formalizada em atos administrativos que definem protocolos, fluxos, redes assistenciais, etc., quanto se faz necessário investigar o funcionamento concreto dessas políticas, e de seus resultados.

A boa execução das políticas está condicionada ao desempenho da administração pública nos vários campos que o promotor de justiça, por orientação do PNA, deve ter sob seu atento olhar: recursos humanos, quanto à sua formação, planos de carreira, cargos e salários; financiamento, assegurados os pisos mínimos e a concentração de recursos nos fundos de saúde; manutenção dos sistemas de informação; controle social, por meio de conferências e conselhos de saúde, etc. Todos esses elementos devem ser vistos sempre à luz do Plano de Saúde, que contém o diagnóstico dos problemas de saúde e define as políticas públicas cujo resultado deve traduzir-se em melhoria dos indicadores de morbidade e mortalidade.

Abramovich e Courtis identificam três principais formas de intervenção do Judiciário – e do Ministério Público, por extensão – sobre as políticas públicas relacionadas a direitos sociais: fazendo cumprir os programas formalmente criados; avaliando a compatibilidade entre os programas e o estatuto jurídico aplicável, e, finalmente, forçando a criação de um programa, quando este não existe²³⁰.

Um exemplo da primeira forma de intervenção são as ações relacionadas à Política

²²⁹ MASSA-ARZABE, 2006, p. 63.

²³⁰ LOPES, 2006, p.241.

Nacional de Medicamentos. A política existe, e está bem posta, mas não tem sido bem executada nos Estados e Municípios. Faltam recursos humanos, planejamento, financiamento, falta a avaliação das ações. Assim, em um primeiro momento, o cuidado com o interesse coletivo demanda ações voltadas ao cumprimento da política posta. O Promotor de Justiça deve conhecer a realidade local investigando de que forma o município elabora a lista de medicamentos que manterá na farmácia pública, para dispensação; como são adquiridos e armazenados esses produtos; de que forma é feita a dispensação e o controle dos efeitos desses fármacos sobre a saúde da população assistida.

Outra possibilidade de ação coletiva é a verificação da compatibilidade entre uma determinada política com as normas e princípios jurídicos que a regulam. Há, por exemplo, uma norma do Ministério da Saúde que cuida do transporte de pessoas enfermas até os locais onde há serviços de assistência, conhecida como norma sobre Tratamento Fora do Domicílio, o TFD. Esse regulamento condiciona o exercício do direito nele previsto à demonstração de que o serviço se encontra distante no mínimo 50 quilômetros da residência do usuário. Trata-se de discriminação questionável em face dos princípios e normas que orientam o SUS.

Finalmente, casos há em que se nota a total ausência de políticas públicas. É o caso da saúde das pessoas de idade avançada que se encontram em instituições de longa permanência, conhecidas como asilos. Apesar da existência de legislação específica – o Estatuto do Idoso –, muitos municípios não possuem políticas públicas de atenção à saúde do idoso e nenhuma assistência prestam aos que vivem em asilos. Pesquisa recente, realizada pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Idosos e Deficientes do Estado de Minas Gerais, mostrou que a maior parte dessas instituições são privadas e pouco auxílio recebem do poder público. De mesma forma, é comum encontrarmos municípios que não mantêm nenhuma política de atenção à saúde de pessoas encarceradas, ciganos, trabalhadores sem terra, índios e quilombolas que vivem em seus territórios. A ação, neste caso, visa ao estabelecimento de uma política pública.

No mesmo eixo em que se encontram os **espaços** estão os **valores**, ou seja, o conjunto de preferências sociais que orientam a satisfação de necessidades humanas, no caso, as de acesso às ações e serviços de saúde. A perspectiva crítica indaga se estes valores se encontram próximos ou distantes de uma visão ampla e contextualizada da dignidade humana²³¹. E a resposta é positiva. O PNA contempla um conjunto de diretrizes e princípios que conjugam bem os valores de liberdade, igualdade e vida. Sua transcrição, aqui, é suficiente para os fins a

²³¹ HERRERA FLORES, 2000, 63.

que se propõe este capítulo:

I) busca da realização e proteção objetiva do direito humano à saúde, como fator indutor de cidadania e de dignidade da pessoa (art. 1º, incisos II e III, C.F.);

II) agir pela concretização do direito à saúde como sendo um estado de pleno bem-estar físico, mental e social (Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, Alma Ata, 12.9.78, OMS);

III) contribuir, especialmente, para a concretização do direito à saúde na sua dimensão coletiva (art. 6º, C.F.);

IV) no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS –, promover a observância dos seguintes princípios (art. 7º, L.F. nº 8080/90):

- * universalidade de acesso aos serviços à saúde em todos os níveis de assistência;
- * integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- * preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- * igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- * direito à informação, às pessoas assistidas sobre sua saúde;
- * divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- * utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- * participação da comunidade;
- * descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- * integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- * conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência a saúde da população ;
- * capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência;
- * organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos (LF nº 8.080/90 e 8.142/90).

Chegamos ao último eixo do *Diamante Ético* indagando se o PNA contempla um modelo de **desenvolvimento** e se compromete com **práticas sociais** emancipadoras. Se os indicadores de saúde revelam a necessidade de ações voltadas à melhoria da qualidade de vida das pessoas, necessário investigar que tipo de desenvolvimento se almeja, ou, com que meios se pretende prover melhores condições sanitárias. As práticas sociais eleitas são o caminho para a melhoria almejada.

Embora não descreva um modelo de atenção à saúde, o PNA contém elementos que

descortinam o modelo de desenvolvimento imaginado por seus autores. De cara, conforme já assinalado, a exposição de motivos expressamente rejeita o modelo morbo-cêntrico e assinala ser ele contrário à letra constitucional. Rejeita-se, pois, o modelo atualmente praticado, centrado no hospital e na crescente incorporação de tecnologia. A Constituição coloca a promoção da saúde em primeiro lugar, destaca a necessidade de implementação de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença. A assistência vem depois, e não pode consumir recursos que, prioritariamente, destinam-se à ações preventivas.

Os autores do PNA nos advertem para o fato de que “o modelo em vigor absorve crescentes custos, que tendem à perpetuação, até atingir ponto de ruptura de financiamento, impondo soluções seletivas ou, mesmo, a modificação do marco regulatório constitucional”. A ruptura implicaria a mudança do texto constitucional, com a substituição do modelo de atenção universal por outro, com políticas seletivas voltadas para os pobres e o fim da gratuidade para aqueles que podem adquirir produtos e serviços no mercado. Ou seja, transformar cidadãos em consumidores, como querem os poderes hegemônicos, mercantilizando completamente o setor de saúde.

Outros pontos do documento revelam o forte compromisso do PNA com a saúde pública. Em relação aos recursos humanos, por exemplo, as preocupações se restringem aos problemas dos serviços públicos. Embora a maior parte dos prestadores de serviço do SUS sejam hospitais e clínicas privadas, e o próprio governo aposte nas fundações privadas e organizações sociais como solução para o impacto das mudanças no mundo do trabalho impostas pelas políticas neoliberais, o PNA cuida de recursos humanos no marco da administração burocrática do Estado.

Outro aspecto importante em relação ao modelo de desenvolvimento que permeia o PNA é o compromisso com o regime democrático. A participação da comunidade traduzida principalmente no controle social exercido pelos conselhos e conferências de saúde se ampara na crença de que o desenvolvimento desejado é o desenvolvimento das pessoas, pessoas emancipadas, arquitetas e construtoras do nosso destino comum.

Previdência, saúde, educação, preservação do meio ambiente, ou seja, o planejamento e a execução de políticas públicas atinentes à promoção dos direitos humanos fundamentais são atividades necessariamente acompanhadas pela colaboração, participação e controle popular, por disposição expressa da Constituição Federal brasileira. [...] A participação popular na Administração é, desse modo, princípio de organização, pois implica na estruturação de processos de tomada de decisão pela Administração Pública ou de divisão de tarefas entre a Administração e os administrados, de modo a convocar estes últimos à execução de

determinadas funções administrativas.²³²

Há, portanto, o compromisso com um modelo de desenvolvimento no qual o Estado tem papel preponderante na realização dos direitos sociais. Um modelo no qual a saúde é direito de todos e dever do Estado. Um modelo de desenvolvimento que contempla a participação da comunidade na concepção, execução e controle das políticas públicas e, conseqüentemente, conforma as práticas sociais. O *Diamante Ético* se preocupa com as práticas que se relacionam com as políticas de reconhecimento dos direitos e com as ações comprometidas com a emancipação das pessoas.

Os principais instrumentos de atuação do Ministério Público na promoção da saúde como direito são o inquérito civil e a audiência pública. Sua utilização, em um primeiro momento, visa ao conhecimento da realidade. Tanto o inquérito civil quanto a audiência pública são meios de coleta de dados e informações que geram o conhecimento sobre um determinado problema e suas possíveis soluções, orientando as ações do Promotor de Justiça em sua relação com movimentos, associações, sindicatos, partidos e o próprio governo.

As práticas sociais têm caráter emancipador quando fortalecem as vítimas de injustiça, as vozes silenciadas, os excluídos do processo de acumulação capitalista. Não cabe ao Ministério Público substituir a comunidade na tomada de suas mais importantes decisões. Os problemas coletivos de saúde devem ser conhecidos e compreendidos por todas e todos que, bem informados, podem livremente decidir e escolher a solução que melhor atende a seus interesses.

Examinando os dois últimos elementos – o modelo de desenvolvimento e as práticas sociais –, retornamos à questão que permeia este trabalho: garantir saúde para todos, com dignidade. O PNA contém elementos suficientes para que o promotor de justiça, utilizando o inquérito civil, a audiência pública e principalmente sua argúcia para compreender as complexas estruturas que dificultam o acesso de todos às ações e serviços de saúde, atue com êxito na promoção de interesses coletivos.

A ideia de saúde como direito de todos e a obrigação atribuída ao Estado de construir um sistema de abrangência universal, com assistência integral e gratuita, são o farol que orienta o curso das ações do Ministério Público e do extenso rol de instituições envolvidas com as políticas públicas de saúde. O *Diamante Ético* nos fornece uma visão ampla do contexto que deve ser considerado em cada ação e, na leitura que aqui apresentamos, coloca

²³² PEREZ, 2004, p. 82/83.

em destaque as políticas públicas como espaço privilegiado para a ação institucional. Assim, garantir saúde, para todos, com dignidade, pressupõe a existência e a boa execução de políticas de saúde, com efetiva participação da comunidade.

II.1.3 Promoção e garantia dos direitos humanos: avanços e retrocessos

A atualização do PNA, que completa dez anos em 2016, é momento oportuno para que sejam preenchidas as lacunas apontadas, com maior atenção aos elementos que compõem o eixo material do *Diamante Ético*, e com o aperfeiçoamento de propostas tendentes à superação de problemas experimentados pelo Ministério Público, nos dois eixos, o conceitual e o material. Embora seja bastante festejada a evolução institucional, que rompe com o modelo hegemônico de separação dos poderes do Estado por meio do fortalecimento de órgãos autônomos, ligados diretamente à sociedade civil, e orientado por meta-valores definidos na Constituição, é necessário considerar a hipótese diversa: o Ministério Público brasileiro encontra-se estagnado; perdeu a capacidade de acompanhar a dinâmica social e apresentar respostas compatíveis com novas necessidades.

Assim, também em relação à promoção do direito coletivo à saúde, a atuação do Ministério Público se apresenta divorciada dos objetivos maiores que conformam o perfil idealizado. Para que o meta-valor igualdade seja de fato implementado, com a redução das desigualdades sociais e regionais, o paradigma coletivo, com toda a complexidade a ele inerente, deve preponderar sobre os interesses individuais. Para que o meta-valor liberdade seja concretizado, para todos, a atuação deve pautar-se pelo combate aos preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Para que o meta-valor ambiente prepondere sobre a exploração irresponsável dos recursos naturais, todo o planejamento institucional deve superar o antropocentrismo e adotar a sustentabilidade como meta.

O diagnóstico da estagnação decorre da avaliação do progresso institucional nos últimos trinta ou quarenta anos. O perfil institucional definido pela Constituição de 1988 pouco inovou em relação às disposições contidas na Lei Complementar n.º 40/1981, fruto da Emenda Constitucional n.º 7/1977, e dos processos de luta contra o regime militar que lograram o gradual fortalecimento do Poder Judiciário e do Ministério Público como estratégia de democratização do país. Ainda no plano normativo mais amplo, as atuais leis orgânicas, no âmbito federal e nos Estados, foram aprovadas logo após a Constituição de 1988 e poucas modificações sofreram. Nenhuma estrutural. Em suma, no eixo conceitual, a

posição do Ministério Público não mudou muito ao longo das últimas décadas.

Quanto à disposição, embora seja possível detectar alguns avanços, o apego à tradicional posição de *custos legis*, aliado à formação dos membros, fortemente ancorada nas técnicas de solução de problemas de justiça comutativa, em conflitos bilaterais, torna lenta a implementação de uma nova cultura institucional, orientada para o coletivo. Permanece no plano do discurso e restrita à atuação concreta de poucos grupos, a distinção entre Ministério Público demandista, com atuação formal, preponderantemente judicial, calcada em modelos abstratos, e Ministério Público resolutivo, comprometido com a efetiva construção de uma sociedade livre, justa e solidária²³³.

A grande questão a ser posta nesse momento é a tendência preponderante de atuação do Ministério Público brasileiro sob o prisma de monocultura do saber, própria do campo jurídico, e em inteligência de uma razão metonímica, que despreza os saberes e experiências populares (não os saberes técnicos) para prestigiar o saber teórico.²³⁴

São muitas as vozes que se batem, nos últimos vinte anos pelo menos, por uma atuação atenta à voz das ruas, despida do vezo colonialista. Trata-se de uma mudança cultural, que se encontra em curso. A instituição cresceu e solidificou-se atrelada ao sistema de justiça formal e seus modelos de solução de conflitos, e a maior parte dos seus membros continua atuando preponderantemente a partir da racionalidade demandista, que busca soluções por meio dos processos judiciais. Nos conflitos de âmbito coletivo, para os quais não existem respostas prontas, os “tipos” historicamente construídos mostram-se insuficientes, exigindo novas metodologias de ação social.

Como ponto de partida para a adoção de novas metodologias de ação social, é importante a revisão da concepção corrente de “unidade”, definida como princípio institucional do Ministério Público pela Constituição de 1988 ao lado da indivisibilidade e da independência funcional.

As instituições, como as pessoas, têm passado, presente e futuro. O diagnóstico do presente e a construção de cenários futuros são o principal ingrediente do processo de escolha de dirigentes e orientam simultaneamente os debates e questionamentos dos eleitores e os discursos dos candidatos. No Ministério Público, que elege seu Procurador-Geral a cada dois anos, elemento importante no alinhamento das propostas é o “princípio da unidade”, que tem sido bastante negligenciado, mas deveria funcionar como pedra angular da instituição.

O princípio da unidade apresenta riqueza ímpar. De um lado, pela perspectiva da

²³³ GOULART, 2013, p. 201.

²³⁴ ROJAS, 2012, p. 141.

atuação funcional, suscita interpretação de que “os promotores de um Estado integram um só órgão sob a direção de um só chefe”²³⁵, ou a de que “não é possível dissociar o órgão da instituição: aquela faz esta atuar”²³⁶. De fato, sob o aspecto estrutural, a ideia de unidade é bastante utilizada para justificar, na esfera judicial, a atuação coordenada entre os vários Ministérios Públicos – estadual, federal, militar e do trabalho. Isso, porém, é só o começo. A unidade institucional constitui critério para a solução de conflitos de atribuições porque, acima de tudo, apresenta-se vinculada ao objetivo institucional. Nesse sentido, interpretado sob as luzes da cabeça do art. 127 da Constituição, o princípio da unidade serve ao objetivo estratégico da instituição, ou seja, unidade para “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

A unidade é imprescindível à realização do objetivo institucional e expressa-se em dois planos: 1. no plano abstrato, como unidade ideológica; 2. no plano concreto, como unidade de ação. Assim, a efetividade da atuação do Ministério Público, como agente da vontade política transformadora, exige direção consciente, orientada: a) pelos valores e princípios que informam o projeto democrático da Constituição e constituem o arcabouço ideológico da sua atuação; b) pelas prioridades e metas estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação, que garantem a unidade de ação²³⁷.

Por essa ótica, o princípio da unidade só é respeitado quando há uma gestão democrática, que estimula o debate e a participação de todos os membros na elaboração e na implementação do Plano Geral de Atuação. O princípio da unidade funciona como limite à independência funcional. Somente funciona, porém, quando o Plano Geral de Atuação é efetivamente elaborado de forma participativa e a liderança institucional tem força para obter o compromisso dos membros para sua implementação.

Não é o que acontece quando a elaboração do plano é terceirizada, entregue a consultorias externas ou internas, mormente quando exclui promotores e procuradores da construção do diagnóstico e dos cenários, e quando esses cenários se afastam do social, subordinando-se a propósitos econômicos e políticos dos poderes hegemônicos. Tampouco se põe em harmonia com o princípio da unidade a elaboração do Plano Geral de Atuação sem a efetiva participação de promotores e procuradores.

Por outro lado, no reduzido espectro da racionalidade que orienta as ações coletivas, a construção coletiva do diagnóstico e dos cenários cultural, social, econômico e político

²³⁵ MAZZILLI, 1989, p. 53

²³⁶ CARNEIRO, 1990, p. 46

²³⁷ GOULART, 2013, p. 132

constitui etapa preliminar, de extrema utilidade, para as intervenções comprometidas com propósitos emancipadores. A partir do planejamento comum, a instituição passa a contar com um imaginário compartilhado e pode agir, com unidade, na solução dos problemas.

No caso da saúde, a unidade da atuação não se mostra eficiente quando buscada por meio de regulamentação, distribuição de modelos ou incentivo a determinadas ações, sem que tal providência seja precedida de amplo debate. No processo de planejamento institucional, o diagnóstico necessariamente compreende o contexto geral das condições de saúde no Brasil e no Estado, a identificação das causas de morbidade e mortalidade, as políticas públicas e as tecnologias utilizadas pelo sistema público e privado, as pressões do mercado por incorporação tecnológica, etc.

Uma etapa seguinte, também imprescindível, é a transposição destes mesmos dados para os níveis regional e local, verificando-se em que casos há coincidência entre os indicadores epidemiológicos gerais e os específicos da região ou cidade, a adequação entre as políticas adotadas e a solução dos problemas locais, os desvios e suas causas. Dessa forma, a ação coletiva se faz de forma contextualizada e, simultaneamente, vinculada à realidade local, descartados os modelos padronizados e a regulamentação impositiva.

Sem planejamento, não há unidade. Sem unidade, a instituição apresenta-se dividida e a atuação dos membros se apresenta atomizada, sem resultados efetivos no plano coletivo e, conseqüentemente, desconectada dos meta-valores da igualdade, da liberdade, da proteção ambiental. Sem planejamento, e, simultaneamente, com o excesso de especialização entre os órgãos de execução, o observador externo percebe a existência de vários Ministérios Públicos, concorrendo entre si. Concorrendo por recursos materiais e humanos. Concorrendo por reconhecimento interno e externo.

O planejamento, como forma democrática e participativa de construção da unidade, embora tenha forte conexão com a atuação prática e com a construção de novas metodologias de ação, também se insere em um contexto maior, que podemos identificar como “campo epistemológico”, no qual se produz e organiza coletivamente o conhecimento institucional. Se o Ministério Público brasileiro encontra-se estagnado no modelo teórico construído há quarenta anos e persiste em práticas ainda mais antigas, fortemente ancorado no pensamento abstrato, na justiça formal e na perigosa “imparcialidade”, que dá suporte a ações descompromissadas com resultados, convém avaliar as práticas adotadas para a seleção e a formação de membros, assim com os mecanismos de produção e gestão do conhecimento.

Os Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional constituem estrutura tradicional, herança do Ministério Público pré-constituente, que ganharam um papel privilegiado na

estrutura institucional após a Emenda Constitucional n.º 45/2004, que incluiu a atividade oficial de formação como critério de merecimento e prescreveu a realização de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção (CF, art. 93, II, “c”, e IV). Infelizmente, embora o *status* constitucional do tema seja indicador de que há consciência de sua importância para o desenvolvimento da República, as escolas do Ministério Público, salvo algumas exceções, encontram-se longe de atender às necessidades de renovação da cultura institucional.

A título de exemplo, merece avaliação o histórico recente da formação de Promotores em Minas Gerais, Estado que conta com duas escolas de Ministério Público: o CEAF, que é escola de governo, e a Fundação Escola Superior do Ministério Público. Como em diversas outras unidades da federação, ambas podem funcionar de forma cooperativa, facilitando a formação permanente de membros e servidores, situação que esporadicamente se verifica. Todavia, falta um projeto pedagógico capaz de orientar e articular as ações a partir de objetivos comuns. Sem projeto pedagógico definido, o CEAF oferece cursos e realiza Encontros Regionais, cuidando também da formação dos novos Promotores, enquanto a Fundação se dedica a cursos preparatórios para concursos e a cursos de especialização. Não existem atividades de pesquisa e extensão em nenhuma das instituições.

Não obstante isso, a proposta de modificação do CEAF e sua adequação à diretriz fixada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 tem sido objeto de debate por ocasião das eleições para procurador-geral. Em 2008, o procurador Tomás de Aquino Rezende, candidato ao cargo, propôs que a atividade de formação permanente deveria ir além das palestras e conferências com juristas de renome, e abrir maior espaço para o estudo e a divulgação das experiências bem-sucedidas das Promotorias e Procuradorias, a realização de oficinas, com abertura da possibilidade de troca e a produção de conhecimento e criação de meios para que fosse facilitado o acesso a cursos de especialização e pós-graduação.

Em 2010, o também candidato Paulo Calmon Nogueira da Gama, atualmente desembargador no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sustentou a necessidade de identificar as demandas dos promotores, conforme a área de atuação e a respectiva região, para construir uma agenda positiva de cursos, seminários e eventos de trabalho, de modo a evitar o dispêndio de recursos e tempo com iniciativas descontextualizadas, transitórias e fragmentadas.

Antonio Sérgio Tonet, procurador de justiça candidato a procurador-geral em 2012, defendeu a construção de um projeto pedagógico de aperfeiçoamento e pesquisa institucionais, salientando a necessidade de “melhor aproveitamento do elevado potencial dos colegas, que, com ampla experiência profissional e/ou sólida vivência acadêmica,

desenvolvem trabalhos reconhecidos, regional e nacionalmente, em diversas áreas do conhecimento e da atividade ministerial”. No mesmo ano, o candidato vitorioso, procurador Carlos André Mariani Bittencourt, atual procurador-geral de justiça, comprometeu-se a oferecer oportunidade para a discussão de “temas teóricos e práticos que interessem diretamente à atuação dos membros e servidores no contexto de suas funções na respectiva região”.

Atualmente, em Minas Gerais, o CEAF possui estrutura física – salas de aula, recursos instrucionais, biblioteca –, mas carece de um projeto pedagógico alinhado ao Plano Geral de Atuação. Os Encontros Regionais nem sempre atendem às necessidades institucionais e pedagógicas e os propósitos estabelecidos pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 não têm sido cumpridos. A oferta de cursos de especialização e os projetos de pesquisa e extensão permanecem como promessas não realizadas, sem perspectiva de implementação.

Na área da saúde, alguma formação tem sido garantida por meio de convênio com a Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais, que oferece curso de especialização em Direito Sanitário e realizou, também em parceria com o Ministério Público, projeto de pesquisa voltado a ampliar o conhecimento e acompanhar o processo de judicialização da saúde.

A crescente importância do direito à saúde na pauta institucional e, de forma especular, no sistema judiciário, sugere que tal tipo de formação deveria acontecer de maneira mais abrangente, inclusive porque as questões ligadas à saúde também estão vinculadas a diversas outras áreas de atuação: proteção ambiental, à criança e ao adolescente, aos idosos e deficientes, aos vários grupos hipossuficientes por razões de gênero, opção sexual, etnia, situação geográficas, etc.

Proporcional aos poderes que ostenta, a responsabilidade dos membros do Ministério Público pela implementação do SUS exige que estejam atentos ao extenso rol de circunstâncias que interferem na saúde humana e no conjunto de políticas voltados à sua promoção. Trata-se de tarefa difícil. A diversidade de temas, sua complexidade e especialmente a dinâmica que os caracteriza tornam curtos os prazos de validade dos dados e informações, senão do próprio conhecimento. Resulta que, antes de mais nada, é necessário fortalecer a capacidade de aprender a aprender, e, como registrou Bernardo Toro em seus *Códigos da Modernidade*, ampliar a capacidade de compreender, analisar, interpretar e sintetizar dados, fatos e situações. Um curso destinado a promotoras e promotores de justiça deve ser capaz de desafiar a argúcia e estimular a criatividade de profissionais que têm o encargo de zelar pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses

indisponíveis. Deve dotá-los de um instrumental que facilite seu trabalho como agentes de emancipação social, verdadeiros tradutores, nas audiências públicas, nos fóruns e conferências de saúde, da fala comum do povo para o elaborado linguajar do direito e da saúde, e vice-versa.

A estrutura forjada nas lutas dos anos 1970 e 1980 foi importante para o desenvolvimento institucional, lastreado em princípios – unidade, indivisibilidade e autonomia funcional –, orientado para o desempenho de funções essenciais à garantia dos direitos fundamentais, individuais, coletivos e difusos, dotado de importantes instrumentos para sua promoção e proteção. Todavia, as rápidas mudanças que caracterizam o novo milênio trazem consigo novos problemas, riscos e danos agravados. E uma pluralidade de novos atores sociais ganham força nos diferentes cenários, exigindo renovação das instituições e de suas metodologias de ação social.

Para preservar a essência, é preciso mudar; daí a necessidade de reformas que conduzam o Ministério Público de volta a seus princípios institucionais, com os valores democráticos e a realização dos direitos humanos. Um dos problemas diagnosticados na atual estrutura é a especialização dos órgãos de execução, que, embora tenha sido eficiente, útil, e mesmo necessária nos momentos de afirmação institucional, tornou-se gradativamente obstáculo à solução de problemas complexos. Além disso, separados, os órgãos do Ministério Público são mais fracos. Não se justifica a distância entre os órgãos de execução, os serviços auxiliares e a administração superior.

O problema pode ser visto a partir de vários ângulos. O mais evidente é a proliferação de Promotorias especializadas, que negam a complexidade insistindo em trabalhar na perspectiva reducionista. Noutro giro, persistem as práticas que mantêm rigorosa separação entre planejamento e execução das atividades dos órgãos do Ministério Público. Por fim, no Estado de Minas Gerais, os órgãos de execução foram privados de suas equipes multidisciplinares com a criação da Central de Apoio Técnico, que, a pretexto de aperfeiçoar o suporte à atividade de execução, promoveu a separação entre técnicos, retirando-os do órgão de execução e mantendo-os subordinados à administração superior, que com isso exerce controle direto sobre a realização de perícias, exames e vistorias.

A hipótese, aqui, resume-se no forte questionamento da especialização dos órgãos de execução, que, fracionando a atuação dos membros, resulta em perversão dos objetivos maiores da instituição. O princípio da unidade foi relegado a segundo plano, com interpretação reduzida, afastando-se do que pode ser considerado o núcleo da missão

constitucional do Ministério Público: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis.

A título de exemplo, nos direitos difusos intervêm, como órgãos de execução, as Promotorias (investigação, mediação e eventualmente judicialização), as Procuradorias (sustentação e recurso nos Tribunais) e o Conselho Superior (controle e uniformização da atividade extra-judicial). O princípio da unidade exige que as três instâncias dialoguem, permanentemente, visando à realização dos objetivos institucionais.

Cabe à administração o papel de organizar o diálogo entre os órgãos de execução com a finalidade de alcançar unidade no discurso e na prática institucional. Os órgãos de apoio operacional (centros de apoio operacional, peritos, parceiros externos) podem contribuir muito, desde que cientes dos objetivos da ação institucional traçados pelos órgãos de execução. O planejamento é o principal instrumento da unidade. Mas o planejamento só é legítimo quando elaborado pelos órgãos de execução e reflita a unidade construída. A unidade na cooperação, a unidade no trabalho e na busca de resultados. A efetiva implementação do princípio da unidade exige reformas de base em várias dimensões, algumas das quais são a seguir elencadas.

Em flagrante desvirtuamento do princípio da unidade, a instituição desenvolveu uma forte cultura de trabalho individual, avesso ao diálogo, à cooperação e à prestação de contas. É certo que a independência funcional também se encontra entre as diretrizes maiores do perfil institucional. Todavia, tal qual o princípio do Juiz Natural, só se concebe a tese do Promotor Natural com vistas à promoção do interesse coletivo. Tratar a independência funcional como garantia pessoal constitui desvirtuamento do princípio, que deve harmonizar-se com o princípio da unidade. Em primeiro lugar, o trabalho em equipe.

Há dificuldades naturais, decorrentes da própria evolução institucional. Durante praticamente todo o Século XX, o promotor de justiça se confundia com a Promotoria, exercendo suas funções institucionais desprovido de serviços auxiliares e dependente de apoio material do Poder Judiciário e da organização política local. Com o desenvolvimento tecnológico, as comunicações se encontram grandemente facilitadas, não se justificando o isolamento. Além disso, as cidades cresceram, tornando raras as comarcas de Promotoria única, e a instituição ganhou serviços auxiliares – oficiais e analistas, principalmente – que tornam imperativo o trabalho em equipe.

É preciso avançar mais. A dificuldade no aperfeiçoamento das investigações decorre, em grande medida, da dificuldade em compartilhar decisões, no trabalho em equipe.

Outro ponto importante é a formação de redes. A crise na atuação individual se reflete

no grande volume de conflito de atribuições entre membros. A pródiga multiplicação de áreas especializadas potencializa os conflitos entre membros e dificulta a evolução dos trabalhos de investigação, coleta de provas e, em última análise, da própria proteção devida aos bens coletivos, difusos e individuais indisponíveis. Um modelo que investe na especialização está assentado no paradigma moderno, cartesiano, reconhecidamente obsoleto.

Vivemos a era da complexidade. A sociedade do conhecimento. A sociedade do risco. Na medida em que criamos especializações, estamos forçando, artificialmente, a fragmentação da realidade. Daí os conflitos de atribuições e o engessamento da investigação. Para compatibilizar o atual modelo – que tende à especialização – com a necessidade de racionalizar o enfrentamento de realidades complexas, faz-se necessária a criação de redes abertas, capazes de se organizar em face dos problemas.

Em outras palavras, se uma questão envolve, simultaneamente, interesses ligados à saúde, meio ambiente, direitos humanos e patrimônio público, nenhuma das Promotorias especializadas deve ter primazia na investigação e na tutela devidos. A atuação deve acontecer por meio de um trabalho de equipe, em formato de rede. Entre outras características, como se sabe, a rede se caracteriza pela ausência de hierarquia interna. Todos os membros envolvidos devem ter igual direito a voz e voto, na definição do rumo das investigações e decorrentes ações.

Quando se fala em redes, não se cuida apenas de redes internas, institucionais, faz-se necessária a abertura das redes a actantes externos, de forma articulada. Corolário da atuação em rede é a necessária articulação institucional para a solução de problemas. O *Parquet* não pode se colocar à margem, acima ou abaixo de outras instituições. Cada um tem o seu papel, que deve ser respeitado.

Não é função do Ministério Público elaborar políticas públicas. Todavia, a proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais indisponíveis torna-se muito mais difícil quando os poderes constituídos e a sociedade civil não dispõem de objetivos claros, definidos em políticas públicas. Assim, cabe à rede de Promotorias e Procuradorias conhecer e articular-se com outras instituições, públicas e privadas, zelando para que os objetivos sociais – na saúde, na educação, na proteção ambiental, no zelo pela cultura e pelo patrimônio público, etc. – estejam claramente definidos e possam, com tais diretrizes, receber a proteção devida. A rede de Promotorias será mais eficiente quando articulada à rede maior, que congrega todos os atores sociais, indivíduos e instituições, públicos e privados.

Por fim, um problema raramente enfrentado é a falta de articulação interna, entre Promotorias e Procuradorias de Justiça. As primeiras, atuando em contato direto com a

população, não se articulam com as Procuradorias, que trabalham junto aos Tribunais. A interpretação do princípio da unidade exige também a revisão das relações entre Promotorias e Procuradorias, com as necessárias adaptações da estrutura material e logística e da própria cultura institucional. Se as Promotorias devem falar a mesma língua, articulando-se em redes para a solução de problemas complexos, imperativo que as Procuradorias se encontrem no mesmo diapasão.

A dificuldade reside na hierarquia entre os órgãos judiciários e seu reflexo na atuação do Ministério Público. Mesmo que não exista relação de subordinação entre Promotorias e Procuradorias, o papel das últimas está mais próximo dos Tribunais superiores, que, no sistema positivado, concentram maior poder decisório que a Justiça de primeira instância. No Ministério Público, a atuação das Procuradorias de Justiça, na maior parte dos casos, é dependente (e nesse sentido, subordinada) da atuação das Promotorias. É na primeira instância que reside, precipuamente, o poder de ação, o qual inclui a dedução de pretensões, inclusive recursais, em muitos casos. Assim, a atuação das Promotorias define e limita as ações da Procuradoria de Justiça.

Por outro lado, as Promotorias dependem das Procuradorias para que suas teses cheguem, vitoriosas, aos Tribunais superiores. Não há, portanto, uma relação de subordinação. A relação é de dependência recíproca e exige cooperação. Exige coordenação, a efetiva articulação entre as redes de Promotorias e as Procuradorias de Justiça. No caso dos interesses difusos e coletivos, a articulação deve envolver também o Conselho Superior do Ministério Público e os Centros de Apoio Operacional.

A física quântica, entre outras ciências, já demonstrou que o olhar do observador interfere ou modifica o objeto observado. Não existe neutralidade. Impossível investigar sem interferir, de alguma forma, na realidade. Quando o Promotor de Justiça instaura uma investigação, esse ato, por si, já provoca mudanças no objeto investigado e, sem que seja possível controlar tais efeitos, provoca outras mudanças na realidade, nem sempre percebidas pelos atores envolvidos.

A consciência de que a investigação em si constitui importante ação em defesa de um bem ou interesse constitui um dos elementos para a construção de uma metodologia de ação social que privilegie a articulação com a sociedade civil e a defesa do regime democrático. Se os bens coletivos pertencem à coletividade, a intervenção será tanto mais legítima, abrangente e efetiva quanto maior for a participação dos beneficiários.

Por outro lado, se a ideia de justiça que orienta a metodologia de ação social tem como guias o paradigma coletivo, associado, ou não, aos paradigmas do acesso aos bens (exclusão),

protetivo (vulnerabilidade) equilíbrio (exploração), ecologia dos saberes (imperialismo cultural), consequencialista (efeitos sobre o coletivo), estado de direito constitucional (carência de poder/limitação do poder) e ambiental, a participação dos coletivos afetados é essencial para o processo a que denominamos “invenção do direito coletivo”.

Os bens coletivos, da forma como aqui são tratados, não constituem entidades abstratas, construídas em modelos teóricos. Os bens coletivos, integrados pelos elementos materiais identificados a partir do *Diamante Ético*, constituem realidades concretas, coletivamente inventadas por meio de processos culturais.

Grande parte da dificuldade enfrentada na tutela dos bens coletivos reside na ausência de sua representação nos imaginários, tanto do indivíduo quanto da sociedade. A título de exemplo, falta a definição de um bem coletivo na ação ambiental movida contra um proprietário rural, visando à instituição e preservação de áreas de preservação permanente e áreas de reserva legal quando o suporte fático exposto ao juiz não inclui os bens concretamente protegidos – uma serra, um rio, o topo de um morro, uma nascente, etc.

Forçados pela dificuldade de realização de perícias nas quais se constate o efetivo dano ambiental consistente na supressão da cobertura vegetal de uma área protegida, tornou-se comum a propositura de ações contra o proprietário nas quais a única prova apresentada era uma certidão, do registro imobiliário, desprovida da averbação da área de reserva legal no imóvel registrado. Com o novo Código Florestal, o registro passou a ser feito no Cadastro Ambiental Rural mas, concretamente, sem o laudo pericial, não há como saber em que medida foi comprometido o bem ambiental e quais as medidas necessárias para sua recuperação.

Tem-se, portanto, uma ação ambiental, que hipoteticamente se enquadra no paradigma coletivo, sem a identificação de um bem coletivo ou dos danos a ele causados. O objetivo é meramente formal: registro das áreas protegidas. E o documento que instrui a ação, prova de propriedade, é o melhor exemplo da dificuldade de superação da racionalidade que preside os conflitos bilaterais, calcada no direito subjetivo individual.

Neste caso, a “invenção do direito” coletivo pode ser concretizada por meio de metodologias que incorporem a participação da comunidade envolvida visando à identificação de uma realidade bio-sócio-diversa que tem como ponto de partida, por exemplo, uma microbacia hidrográfica. Se a investigação começa com uma audiência pública para a qual sejam convidados todos os que vivem no território daquela microbacia, os que se encontram à jusante, os que de alguma maneira se beneficiam daquela água, os órgãos ambientais, etc., o bem coletivo pode ser construído coletivamente, e não se restringe à proteção da cobertura vegetal. A coletividade, convidada a debater a partir da necessidade de uso compartilhado do

bem ambiental, é quem possui os melhores conhecimentos sobre os efeitos diretos na saúde individual e coletiva, na preservação da fauna, na utilização da água por pessoas e animais, na paisagem, na criação de corredores ecológicos, nas atividades de lazer, etc.

Uma ação desse tipo interessa à Promotoria que se ocupe dos determinantes e condicionantes da saúde, entre os quais “a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”²³⁸. O imaginário comum não identifica o bem coletivo – uma serra, um rio, um beija-flor, uma fruta silvestre, um lobo ou um inseto –, circunstância que impõe a utilização de metodologias que incluam a participação para evitar que as ações tenham seu escopo reduzido e sua base formada a partir dos conceitos individualistas de propriedade e posse individual.

O bem coletivo deve ser criado coletivamente, no imaginário da comunidade-alvo. Não há como separar o bem natural e seus reflexos na saúde humana, de seus aspectos sociais. Assim, o bem coletivo – a serra com toda a complexidade de sua fauna, flora, recursos hídricos e minerais – só vai passar a existir a partir de audiências públicas em que se construa, coletivamente, no imaginário das pessoas. A invenção-construção do bem coletivo já é ação de tutela. E as ações concretas – eventuais pretensões deduzidas em compromisso de ajustamento de conduta, recomendação ou ação civil pública – serão fruto de anseios e necessidades definidas coletivamente.

Avançando ainda mais neste campo, a invenção dos bens coletivos bio-sócio-diversos transfere a definição da agenda da Promotoria para a coletividade. O resultado da intervenção não é conhecido *a priori*, não nasce de normas abstratas, não nasce da imaginação do tecnocrata. O resultado é determinado pelas necessidades da comunidade que, após compartilhar suas visões particulares, define as características do bem coletivo e suas intenções presentes e futuras. Em outras palavras, o órgão de execução do Ministério Público passa a funcionar de forma subordinada a bens coletivos e suas agendas, construídas coletivamente em audiências públicas.

Como consequência, a administração superior do Ministério Público e os Centros de Apoio Operacional, órgãos auxiliares, devem ser organizados para atender às necessidades da atividade-fim, que, conforme a missão constitucional do Ministério Público, é determinada pelos interesses expressos pela “voz das ruas”, ou seja, pelos interesses coletivos, difusos e individuais indisponíveis construídos sob metodologia que atenda ao “regime democrático”.

²³⁸ Lei n.º 8.080, de 1990, art. 3º.

O papel do Centro de Apoio Operacional é criar meios para que as Promotorias sejam capazes de identificar e construir, com a participação da comunidade, os bens coletivos, definindo de forma autônoma os métodos adequados à sua melhor gestão.

A mobilidade urbana é bem coletivo. A bacia hidrográfica é bem coletivo. A política de atenção à saúde da mulher é bem coletivo. O patrimônio cultural é bem coletivo. Em cada comunidade, porém, o bem coletivo apresenta peculiaridades próprias, coletivamente construídas. Daí a necessidade de aperfeiçoamento das metodologias de ação e da provisão das Promotorias com os meios adequados para participar da construção coletiva de imaginários comprometidos com a proteção da natureza, a promoção do bem-estar físico, psíquico, social e espiritual, comprometidos com o pleno desenvolvimento das capacidades individuais, com dignidade e justiça.

CAPÍTULO 2: PARADIGMAS DA JUSTIÇA NAS MANIFESTAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E NAS DECISÕES JUDICIAIS

Os conceitos manejados na primeira parte e a atuação institucional do Ministério Público podem ser demonstrados a partir do trabalho realizado pelas Promotorias e Procuradorias de Justiça. Os casos discutidos a seguir referem-se à atividade desenvolvida pela Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos do Estado de Minas Gerais, que mantém banco de dados atualizado com todas as manifestações produzidas desde a criação do grupo especial em 2001, o qual ganhou *status* de Procuradoria autônoma em 2011. Sem preocupação com os aspectos quantitativos, cuja importância é ressaltada em inúmeros trabalhos que cuidam do direito à saúde a partir da análise da evolução de sua judicialização, a análise que se segue enfatiza o aspecto qualitativo, indagando quais são as ações coletivas e refletindo sobre suas causas e seus efeitos, avaliando concomitantemente os discursos do Ministério Público, pela voz de seus procuradores de justiça, e os discursos do Poder Judiciário, expressos nos acórdãos produzidos naquelas mesmas ações.

Trata-se, é importante sublinhar, de apenas uma pequena parcela do trabalho realizado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em questões relativas à saúde. Conforme estudo realizado pelo promotor de justiça Luciano Moreira de Oliveira, o Sistema de Registro Único de procedimentos instaurados em todas as Promotorias do Estado contabilizou, entre 01.01.2008 e 31.12.2012, o total de 100.670 procedimentos. Destes, 13.224 foram instaurados para investigar questões relacionadas a direito à saúde. O interessante dessa pesquisa é a

rápida progressão do tema “direito à saúde” em relação às demais áreas. Em 2008, foram apenas 77 casos, correspondentes a 0,58% do total. Nos anos seguintes, os casos classificados como “saúde” saltaram para 1.003, em 2009 (7,58%); 3.108, em 2010 (23,50%); 3.738, em 2011 (28,27%); 5.298, em 2012 (40,06%)²³⁹.

Como consequência da atuação dos promotores, o volume de processos judiciais que chega à Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos tem apresentado crescimento constante. Em 2010, foram recebidos 7.087 feitos, dos quais 6.189 continham recursos opostos em ação civil pública promovida pelo Ministério Público. A intervenção como *custos legis*, em ações propostas por outros legitimados, ocorreu em 536 feitos. Os restantes, totalizando 362 processos, correspondem a Ações Populares. Naquele mesmo ano, os feitos correspondentes a questões ligadas ao direito à saúde representavam 14,48% do total.

Nos anos seguintes, o total de processos examinados elevou-se para 8.382 (2011), 10.089 (2012), 10.250 (2013) e 12.212 (2014), registrando-se alteração nos percentuais relativos das áreas de atuação. Enquanto em 2010 a área mais demandada foi a de improbidade administrativa (32,68%), seguida por patrimônio público (20,74%), meio ambiente (15,45%), saúde (14,48%) e proteção do consumidor (5,36%), cinco anos depois, o Tribunal de Justiça e a Procuradoria receberam maior volume de recursos em ações relativas a direito à saúde (31,06%), seguindo-se as de improbidade (22,22%), meio ambiente (21,44%), patrimônio público (11,31%) e consumidor (3,51%).

Assim, especificamente na área de direito à saúde, o total de recursos examinados saltou de 375 (14,48%), em 2010, para 1.354 (31,06%) em 2014. Além disso, como matéria transversal, questões de saúde foram enfrentadas nas demais áreas, inclusive as que apresentam menor quantidade de ações coletivas, contando-se, em 2014, os percentuais seguintes: infância e juventude (2,71%), habitação e urbanismo (2,34%), patrimônio histórico e cultural (1,83%), portadores de deficiência (1,15%), educação (0,6%), fundações (0,39%), idoso (0,32%), direitos humanos – residual (0,25%) e ordem econômica e tributária (0,05%).

Desde o início, registrou-se maior percentual de sucesso nas ações individuais em relação às coletivas, além de certa confusão entre ações individuais e coletivas, com a tentativa de “coletivização” do conflito a partir de casos individuais, ou seja, a dedução de pretensões coletivas a partir de situações singulares. Tais casos podem ser identificados como portadores de pedidos mistos, individual e coletivo, criando dificuldade para a classificação dicotômica que separa ações individuais de ações coletivas. Assim, a princípio, trabalhou-se

²³⁹ OLIVEIRA, 2014, p. 125.

com a classificação dos casos em três grupos, conforme a natureza do pedido: individual, coletivo ou misto.

Em tese, não há objeção à veiculação de pedidos mistos, ou, de forma geral, à cumulação de pedidos. Na prática, porém, os pedidos mistos foram rejeitados pelo Tribunal, que, na maioria dos casos, acatou o pedido individual e rejeitou o pedido coletivo, negando-lhe o provimento. Uma das explicações para a sistemática rejeição dos pedidos coletivos é a ausência do suporte fático-estrutural que permita a cognição dos aspectos complexos que envolvem os interesses coletivos. O grupo de pesquisa da Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais adotou a classificação tríplex e, após analisar centenas de decisões proferidas em casos nos quais foi formulado pedido misto, concluiu que as decisões foram negativas porque não foi demonstrada a necessidade.

Na perspectiva de se identificar o perfil da atuação do Ministério Público, classificou-se a defesa dos interesses resguardados em individual, coletivo e misto. O interesse misto diz respeito a pedidos em que o Ministério Público se baseia em necessidades individuais e as trata como se fossem coletivas como, por exemplo, a extensão do pedido a um determinado indivíduo para toda coletividade sem prévia análise de uma real necessidade.²⁴⁰

O interesse coletivo não é resultado da soma de interesses individuais. Se a situação é complexa, a cognição de uma ou de algumas situações individuais não permite a compreensão do todo, com sua litigiosidade interna. Os pedidos mistos diminuíram nos últimos anos, tornando-se raros. Apesar disso, a experiência produz valiosas lições e aponta para a necessidade de metodologias capazes de captar as várias perspectivas das situações complexas, tais como o *Diamante Ético*.

Embora o direito subjetivo público à saúde insira-se na esfera dos conflitos distributivos, a ação individual, no sistema judiciário brasileiro, tem se limitado à cognição estreita da necessidade individual definida pelo médico assistente. Na ação coletiva, mais adequada à promoção da justiça em questões que envolvem necessidade de distribuição, com equidade, de bens comuns, a emissão de juízos exige cognição ampla. No caso da saúde, o confronto entre o perfil epidemiológico específico, as políticas públicas e seus resultados, os interesses e posições dos diversos grupos envolvidos, etc. são objeto de investigação.

Entre as ações coletivas, alguns temas são recorrentes e os discursos utilizados nas manifestações do Ministério Público e nas decisões judiciais têm evoluído ao longo dos anos. Das primeiras decisões, que se limitavam a aplicar diretamente o art. 196 da Constituição

²⁴⁰ ZHOURI, 2010, p. 314.

brasileira, até os mais recentes pronunciamentos dos Tribunais, nota-se a crescente incorporação das políticas públicas nas razões de decidir e o alinhamento de discursos em torno da promoção dos direitos humanos.

Como instrumentos de análise, os argumentos utilizados nas decisões judiciais e nos pareceres da Procuradoria foram classificados a partir do modelo de “paradigmas” descrito pelo jurista argentino Ricardo Luís Lorenzetti, que visa facilitar a compreensão da forma como são fundamentadas as decisões judiciais. Não obstante o fato de Lorenzetti ter feito sua construção com foco na análise das decisões judiciais, neste trabalho procurou-se reconhecer estes “princípios ocultos” ou “programas informais” tanto nos argumentos expostos nas decisões judiciais, quanto nos pareceres do Ministério Público.

Examinamos, na busca de uma compreensão do direito à saúde, o direito coletivo e sua relação com os paradigmas do acesso aos bens (exclusão), protetivo (vulnerabilidade), equilíbrio (exploração), ecologia dos saberes (imperialismo cultural), consequencialista (efeitos sobre o coletivo), estado de direito constitucional (carência de poder/limitação do poder) e ambiental. Cabe, agora, confrontar o modelo teórico com os discursos utilizados nas decisões judiciais e nas manifestações do Ministério Público, de modo a esclarecer os fundamentos ocultos nas decisões ordinariamente rotuladas como expressões do ativismo judicial.

O Juiz ativista, tanto quanto o promotor de justiça ou a organização não governamental que propõe ações judiciais visando à satisfação de pretensões que ampliam as fronteiras da atuação judicial e das lutas por direitos humanos, movem-se a partir de valores que se expressam nos referidos paradigmas. Conhecendo os discursos e localizando neles os valores que orientam as decisões, torna-se possível a avaliação dos resultados alcançados e a correção de eventuais desvios.

Ao identificar paradigmas no seio de decisões proferidas em ações coletivas, não podemos deixar de observar que, além do direito coletivo, que se opõe ao direito subjetivo individual, há também um paradigma coletivo, ou seja, uma forma de olhar o mundo por perspectiva coletiva, identificando bens coletivos e interesses e direitos de grupos.

No campo das definições estipulativas, convém recordar que a utilização das expressões “direito coletivo subjetivo” e “direito difuso subjetivo” só é possível com a revisão do conceito de direito subjetivo, que, por sua vez, nunca foi pacífico entre os estudiosos do direito. A expressão tradicional do direito subjetivo, marcadamente individualista, não compreende um “direito coletivo subjetivo” e, por esse motivo, rejeitava-se a possibilidade da formulação de pretensões coletivas. Daí, a necessidade de superação do paradigma

individualista para a compreensão dos direitos coletivos.

A teoria clássica, que o paradigma coletivo invade e transforma, radicalmente, caracterizava-se pela imposição de hierarquia entre direito subjetivo e interesse, subordinando esse último àquele. Somente se apresenta dotado de “pretensão”, por esta perspectiva, o direito subjetivo. Negando-se a possibilidade de um direito subjetivo coletivo ou de um direito subjetivo difuso, estaria negada, conseqüentemente, a possibilidade de dedução das correlativas pretensões. Com a mudança em curso, aqueles que se formaram sob as luzes da teoria clássica, de orientação liberal, encontram dificuldade para compreender a pretensão deduzida do direito subjetivo coletivo e a pretensão deduzida do direito subjetivo difuso.

Avaliando a polêmica surgida com a emergência dos instrumentos de tutela coletiva de direitos, Bolzan de Moraes identifica o apego à noção tradicional de direito subjetivo no discurso daqueles que tentam desqualificar os direitos difusos e coletivos. Por outro lado, verifica, entre os que propõem a revisão do conceito de direito subjetivo, o propósito de adaptá-lo às necessidades decorrentes da sociedade de massas.

A transformação dos interesses – de individuais a coletivos e a difusos – é inexorável. A importância destes últimos, como respeitantes às espécies, genericamente falando, impõe ao Direito seu asseguramento como pretensões juridicamente relevantes, atribuindo-lhes ou não uma titularidade ao estilo tradicional. Por fim, não há que se negar o caráter subjetivo de tais interesses, mesmo que este já esteja mediatizado por uma coletividade indeterminada ou mesmo indeterminável, até porque tais interesses pertencem a todos e a ninguém, a todos e a cada um.²⁴¹

O esquema básico do processo civil tradicional serve como exemplo para a compreensão da mudança paradigmática: identifica-se a ação a partir de três elementos: as partes, o pedido e a causa de pedir. Temos, assim, direitos subjetivos individuais que vinculam dois sujeitos determinados (sujeito ativo e sujeito passivo), objeto e vínculo. Nas ações coletivas, o sujeito é substituído pela coletividade, ou, em uma leitura não antropocêntrica, o próprio “bem coletivo” pode ser visto como sujeito ativo da relação. A qualidade da água e do ar, enquanto bens coletivos, transformam-se em “sujeito” da tutela, tornando irrelevante a própria separação sujeito-objeto.

Por outro lado, se o objeto é um bem indivisível, impossível se torna sua apropriação ou sua vinculação a um sujeito, circunstância que invade a teoria do direito, desmaterializando a concepção liberal de “relação jurídica” e dos correspondentes direitos subjetivos. Todos os elementos da relação sofrem modificações que os ampliam e reposicionam, exigindo a

²⁴¹ BOLZAN DE MORAIS,. 1996, p. 111.

reinvenção de institutos teóricos e criação de metodologias aptas ao seu manejo.

O sujeito ativo, no qual não se reconhece mais somente a presença do indivíduo, passa a incorporar os bens coletivos e os direitos do grupo, categoria ou classe de pessoas, identificáveis ou não, e a “coletividade”, de natureza transindividual. O objeto, um bem coletivo que não pode ser objeto de apropriação individual, confunde-se com o próprio sujeito em uma nova forma de relação. E o vínculo manifesta-se complexo, caracterizado por uma teia de relações na qual os interesses apresentam-se internamente divergentes.

Conforme Lorenzetti, o “paradigma coletivo coloca destaque nas relações grupais e nos bens coletivos”. Sua emergência, nas últimas décadas, corresponde à crescente relevância normativa de questões afetas ao meio ambiente, à saúde, aos direitos do usuário e do consumidor, ao tratamento antidiscriminatório, ao patrimônio histórico e cultural, à concorrência, à liberdade e à informação²⁴².

No exame das ações coletivas movidas pelo Ministério Público de Minas Gerais, as ações coletivas em matéria de saúde veiculam pretensões relacionadas a fornecimento de medicamentos e insumos, adequação hospitalar, realização de exames e procedimentos cirúrgicos, controle de endemias, melhoria das condições de saúde e segurança em estabelecimentos prisionais, saneamento básico, manejo do orçamento e utilização de recursos destinados à saúde, criação e cuidados com animais domésticos, instalação e funcionamento de Estações de Rádio Base (ERB), proteção à saúde de crianças e adolescentes.

Impacto da telefonia móvel na saúde coletiva

No Brasil, após a privatização do setor de telecomunicações, na década de 1990, os serviços de telefonia móvel passaram a ser prestados por várias empresas, em regime de concorrência, situação que levou à proliferação das respectivas antenas, denominadas Estações Rádio Base, nos Municípios. Os serviços cresceram, com a perspectiva de universalização do acesso, e deram causa a novos problemas, inclusive no plano legislativo. Enquanto as concessões e a regulação ficaram a cargo da União, por meio da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), os Municípios começaram a estabelecer regras para a instalação de ERBs, com fundamento no dispositivo constitucional que estabelece a competência concorrente da União, Estados e Municípios para “proteger o meio ambiente e combater a poluição, em todas as suas formas” (art. 23, VI), e nos dispositivos que reservam ao Município a competência sobre assuntos de interesse local, ocupação do solo e proteção do

²⁴² LORENZETTI, 2011, p. 271.

patrimônio histórico-cultural local (art. 30, I, VIII e IX).

Alguns Municípios legislaram sobre a matéria, outros não o fizeram, mas a instalação de antenas incomodou as comunidades e provocou reações, que chegaram ao Judiciário. Em março de 2010, a Engenheira Adilza Dode, doutora pela UFMG, demonstrou, com dados epidemiológicos do Município de Belo Horizonte, correspondentes ao período 1996/2006, que 81,37% dos casos de óbitos por neoplasias tiveram como vítimas pessoas que moravam a até 500 metros de distância das antenas.

Por meio de geoprocessamento, a pesquisadora constata que a região Centro-Sul da capital mineira possui a maior concentração de antenas e a maior taxa de incidência acumulada de mortes por câncer. A menor taxa está na região do Barreiro, que também abriga o menor número de antenas instaladas. [...] Ela informa que países como Suíça, Itália, Rússia e China adotaram padrões bem mais baixos que os permitidos pela Icnirp. E no Brasil, o município de Porto Alegre editou lei que define níveis de emissões de radiações similares aos da Suíça. Em sua tese, Adilza citou diversos estudos internacionais que procuram compreender os efeitos dos campos eletromagnéticos. Um deles, o projeto Reflex, financiado pela União Europeia, realizado em 2004 por 12 laboratórios especializados em sete países, afirma que a radiação eletromagnética emitida por telefones celulares pode afetar células humanas e causar danos ao DNA, ao alterar a função de certos genes, ativando-os ou desativando-os. Outro estudo, realizado em Naila (Alemanha), constatou a incidência três vezes maior de câncer em pessoas que viveram em um raio de até 400 metros das antenas de telefonia celular. Em Netanya, em Israel, outro estudo mostrou o aumento de 4,15 vezes na incidência de câncer para os moradores que residiam dentro de um raio de até 350 metros das antenas de telefonia celular. Há, ainda, pesquisas que apontam riscos maiores para crianças, devido às especificidades de seu organismo. “A penetração das radiações eletromagnéticas no cérebro das crianças é muito maior que no dos adultos”, destaca Adilza Dode, que já se prepara para começar nova etapa de estudos. Seu objetivo agora é medir os níveis de exposição humana às radiações.²⁴³

Os dados obtidos no Município de Belo Horizonte correspondem aos achados de pesquisas realizadas em outros países que já adotaram medidas para conter os efeitos nocivos das radiações eletromagnéticas. Os telefones celulares, os equipamentos sem fio, com tecnologia *wi-fi* e *bluetooth*, já se integraram à paisagem urbana, mas os riscos são conhecidos e, por tal motivo, a instalação de ERBs tem sido objeto de questionamentos judiciais. As comunidades, na medida em que são informadas, reagem às empresas fornecedoras dos serviços de telefonia móvel cobrando a definição de limites para a emissão de radiações.

No julgamento de recursos de Agravo de Instrumento e Apelação Cível manejados no processo n.º 1.0461.10.008610-1/001 a 007, da Comarca de Ouro Preto, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais apreciou questões relacionadas ao pedido formulado pelo

²⁴³ ARAÚJO, 2010.

Ministério Público visando à regularização de antenas das empresas Telemar (Oi), Vivo, Claro e Tim, as quais mantinham 36 antenas de telefonia móvel instaladas no Município. Na época em que foi ajuizada a ação, apenas uma ERB, da empresa Telemar, estava legalizada, isto é, possuía Licença para Funcionamento de Estação, emitida pela Anatel e o Alvará Sanitário, expedido pela Secretaria Municipal de Saúde de Ouro Preto. Todas as demais encontravam-se em operação sem a devida autorização administrativa.

No julgamento dos agravos de instrumento interpostos em face da decisão que deferiu a medida liminar requerida e determinou a regularização das ERBs, a procuradora de justiça Gisela Potério Santos Saldanha enfatizou o caráter coletivo da pretensão, expondo as consequências das radiações emitidas sobre a saúde de quantidade indeterminada de pessoas.

Em primeiro lugar, apenas a leitura das peças processuais produzidas pela Agravante em sua defesa, dando notícia da discussão científica que subsiste acerca desse tema, autoriza reconhecer, de forma indiscutível, que essas emissões de rádio, em grau maior ou menor, causam prejuízo à saúde da população e ao meio ambiente. A par do debate travado em torno desse tema, não há, até o momento, qualquer estudo conclusivo capaz de garantir que as radiações emitidas pelas ERBs não causam prejuízo à saúde das pessoas.

Destacou, igualmente, a insuficiência da autorização emitida pela Anatel para o exercício de atividade que interfere na saúde coletiva e, simultaneamente, atinge o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.

Portanto, ressalvadas as condições eminentemente técnicas do setor, as quais são regulamentadas pela ANATEL, na condição de agência reguladora do setor de telecomunicações, os Municípios, no que toca às questões que lhes são pertinentes – tais como parcelamento do solo, proteção ao meio ambiente, proteção ao patrimônio histórico-cultural, proteção da saúde dos munícipes –, detêm competência legislativa para regulamentar as construções e instalações das estações de radiodifusão base.

Outro ponto destacado na manifestação do Ministério Público foi a incidência dos princípios da precaução e de prevenção, que se alinham ao paradigma ambiental. As informações disponíveis sobre os danos à saúde provocadas pelas ERBs, aliadas à incerteza quanto à possibilidade de outros danos, ainda desconhecidos, recomenda que se imponham limites às radiações.

Como bem alerta o eminente Desembargador Wander Marotta, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0114.05.059079-2/003, em casos como o aqui tratado – referindo-se à matéria de meio ambiente, direito esse conectado à noção de saúde pública – as decisões judiciais devem privilegiar os princípios da precaução e da prevenção, com o objetivo de evitar os danos, visto que, ao contrário de outras áreas, a indenização a posteriori é quase impraticável.

Apesar da soma de esforços da Promotoria de Justiça de Ouro Preto com a

Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos, a decisão da 3ª Câmara afastou a aplicação da legislação municipal que exigia obediência à distância mínima entre a antena e qualquer edificação, independentemente do nível de radiação, bem como a separação entre o sistema de transmissão e a edificação por meio de muro ou alambrado, e da aprovação de 60% dos proprietários de imóveis localizados em uma distância de 200 metros do ponto de instalação dos transmissores, além de limites reduzidos de irradiação:

Pois bem, enquanto a Lei Federal nº 11.934/09, que dispõe "sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos", fixa como limite para emissão de radiação eletromagnética, 10W/m2, equivalente a 1.000uW/cm2, a Lei Municipal exige das empresas de telefonia uma emissão de no máximo 100uW/cm2. E se instaladas em locais próximos a hospitais, asilos, creches, pré-escolas e escolas de ensino fundamental, o máximo de emissão permitido pelas antenas seria de 3uW/cm2 de potência. Não obstante, diante uma perfunctória análise das razões iniciais, constata-se que o próprio Ministério Público reconhece que a Lei Federal nº 11. 934/09 foi elaborada, segundo o estudo científico realizado pela Comissão Internacional para proteção contra Radiações Não-Ionizantes - ICNIRP, em conjunto com a Organização Mundial de Saúde (OMS) que estabeleceu os níveis máximos de radiação que o ser humano pode ficar exposto, sem que lhe causem prejuízos à saúde. (voto da relatora, desembargadora Albergaria Costa)

Em sentido diverso, a 11ª Câmara Cível do TJMG reconheceu a competência do Município para legislar sobre a matéria, destacando, no caso concreto, os impactos negativos sobre a paisagem e o patrimônio ambiental e cultural causados pelas ERBs. Embora a decisão não tenha discutido os limites impostos pela legislação municipal, observa-se que não foram sequer cogitados o dano à saúde coletiva e o princípio da precaução. A decisão foi confirmada pelo STJ, que a manteve sob o argumento de que cabe ao STF a palavra final a respeito da competência do Município em relação ao tema.

EMENTA: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MATERIAIS - INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO RÁDIO BASE (ERBs) - COMPETÊNCIA ESTADUAL - LEI MUNICIPAL - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - MUNICÍPIO - COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR - AUTORIZAÇÃO DA ANATEL - IMPACTO AMBIENTAL - EXIGÊNCIAS MUNICIPAIS E AMBIENTAIS - VALIDADE. Em relação às questões locais para instalação e funcionamento de ERBs, observada a proteção do meio ambiente, a Constituição da República confere competência aos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e a estadual no que couber e promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. (CR/88, art. 30, I, II, VIII). A autorização da ANATEL para instalação de ERBs verifica apenas a adequação da empresa de telefonia aos requisitos técnicos da atividade, não tratando das questões ambientais e sociais relacionadas, o que fica a cargo do Município e do IBAMA, devendo a ré se enquadrar nas exigências previstas na legislação Municipal e ambiental. Inequívoco o impacto visual negativo sobre a paisagem, patrimônio ambiental e cultural causados pela instalação das chamadas ERB's (Estação de Radio Base), o que nos remete à proteção constitucional conferida ao meio ambiente. (Apelação Cível n.º 1.0647.09.102124-4/001 – 11ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Wanderley Paiva, j. 29.06.2012)

Decisões recentes, do Superior Tribunal de Justiça, têm reafirmado o entendimento de que cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir a respeito da competência do ente municipal para legislar sobre a matéria e fixar eventuais limites: “Inviável o conhecimento do recurso que demanda análise de matéria eminentemente constitucional, sob pena de invasão de competência reservada à Suprema Corte” (AgRg no REsp 1377898 / MG, j. 28/04/2015; AgRg no REsp 1303662 / PR, j. 10/03/2015; AgRg no AREsp 477177 / MG, j. 23/04/2014; REsp 1292994 / RS, j. 30.08.2013; AgRg no REsp 1322363 / RS, j. 20.08.2013).

Assim, enquanto o STF não decidir a respeito da competência municipal para legislar sobre as ERBs e fixar seus limites, as empresas operadoras de telefonia móvel persistirão nos questionamentos às condições definidas por normas locais. Da mesma forma, a sistemática desqualificação dos estudos científicos que apontam relação de causalidade entre as irradiações ionizantes e agravos à saúde humana tem postergado a fixação de limites mais rígidos, que, por força do princípio da precaução, já deveriam ter sido definidos.

Prestação continuada da atenção hospitalar

Tema frequente nas ações coletivas promovidas pelo Ministério Público é a prestação continuada dos serviços prestados pelas unidades hospitalares. O SUS, embora seja o sistema público, conta com prestadores públicos e privados, com forte participação desse último grupo. O maior comprador de leitos privados no Brasil é o sistema público, cuja rede própria é insuficiente para o atendimento da demanda. Em face dessa situação, um dos principais problemas dos gestores de saúde é garantir o cumprimento dos contratos por parte dos prestadores privados porque, apesar de o leito estar previamente vendido para o SUS, por força de contrato, é comum que o hospital privado se negue a receber usuários do sistema público, principalmente quando há demanda por serviços contratados em regime privado, diretamente ou por meio de operadoras de planos de saúde.

O controle da oferta de vagas no SUS é feito por meio de centrais de regulação assistencial – as quais se ocupam de prover a “disponibilização da alternativa assistencial mais adequada à necessidade do cidadão, de forma equânime, ordenada, oportuna e qualificada” – e pressupõe a figura de um médico regulador, com autoridade sanitária, que exerça a responsabilidade de prover a distribuição dos recursos disponíveis. Nem sempre, porém, o sistema funciona adequadamente. Muitas ações individuais decorrem da dificuldade de obtenção de vagas para internação de usuários portadores de moléstias graves porque as unidades hospitalares sabem que o tratamento terá custo superior ao valor pago pelo SUS. O

sistema é perverso. Quanto mais grave – e caro – o tratamento, mais difícil o acesso para o cidadão.

O médico regulador não se encontra instalado na portaria do hospital, controlando pessoalmente a disponibilidade de leitos e o acesso do usuário. O controle é feito remotamente, em escala regional, com o uso de sistema informatizado que exige atualização permanente dos dados, tanto dos usuários que demandam acesso quanto da disponibilidade física de vagas nas unidades hospitalares. Nesse ponto se identifica a fragilidade do sistema que, conforme estudiosos do assunto, forjou-se nos anos 1970, com ênfase no controle econômico da relação entre gestor e prestadores de serviços, visando à correção das faturas apresentadas²⁴⁴.

O tema é complexo e os estudos confirmam que a perversidade não se dá somente nos casos em que a situação é grave e o tratamento é caro. A situação contrária também se verifica quando, para manter ocupadas as instalações hospitalares, impõe-se ao usuário uma internação desnecessária. O sanitarista Eugênio Vilaça Mendes descreve a situação a partir da chamada “Lei de Roemer”, decorrente da constatação de que é a oferta de leitos que determina a demanda, e não o contrário.

Milton Roemer, estudando as taxas de ocupação de hospitais, nos anos 50 e 60, verificou que essas taxas eram semelhantes em regiões com distintas relações entre leitos e habitantes. Observou, então, que, sempre, os leitos ofertados tendiam a ser utilizados e que, isso, expressava um caso particular de indução da demanda pela oferta, característica econômica dos sistemas de atenção à saúde. [...] Um exemplo da Lei de Roemer, no SUS, é o alto percentual de internações por condições sensíveis à atenção ambulatorial, verificado nos hospitais de pequeno porte que representam 1/3 das internações totais e que chegam a atingir, num ano, mais de 1 bilhão de reais. Esses hospitais, como são pagos por procedimentos (AIHs), fazem internações desnecessárias para compensar seus custos fixos.²⁴⁵

A regulação assistencial é necessária, e carece de aprimoramento para que se possa garantir o acesso, com equidade, de modo que os casos graves sejam rapidamente atendidos e os usuários não sejam desnecessariamente internados. Ações nesse sentido afetam grupos – tanto aqueles que carecem do leito quanto aqueles que são indevidamente internados têm interesse na correção dos desvios – e giram em torno de um bem coletivo: a oferta de leitos hospitalares e correspondentes serviços, e a própria regulação assistencial.

Os casos judicializados apresentam grande diversidade. No Município de Teófilo Otoni, o Ministério Público promoveu ação coletiva em face da Associação Hospitalar Santa

²⁴⁴ FERREIRA, 2010, p. 208.

²⁴⁵ MENDES, 2009, p. 591.

Rosália, do Hospital São Lucas Sociedade Simples Ltda. e do gestor municipal do SUS porque, em decorrência de ato praticado pelo último, foram suspensas as internações no Hospital Municipal Dr. Raimundo Gobira e, como retaliação, os outros dois hospitais interromperam todo o atendimento dos usuários da macrorregião de Teófilo Otoni, principalmente na especialidade ortopedia/traumatologia. A pretensão, em molde coletivo, incluiu a declaração de nulidade do ato administrativo que suspendeu as atividades do hospital municipal e a retomada dos serviços de assistência nos outros dois hospitais. O caso foi julgado pela 1ª Câmara Cível do TJMG, no feito identificado pelo n.º 1.0686.07.195694-6/00.

Na manifestação do Ministério Público, subscrita pelo procurador de justiça Luiz Carlos Teles de Castro, evidenciou-se a presença de fundamentos alinhados com o paradigma coletivo associado ao paradigma do acesso aos bens. Por um lado, a ação dos hospitais e do gestor do SUS afetou toda a população da macrorregião de saúde, que conta 32 Municípios e população estimada em 507.788 habitantes.

Essa determinação administrativa do Município (é o que se extrai dos autos), desencadeou um movimento por parte dos demais hospitais, que então decidiram não atender os pacientes (do SUS) necessitados de tratamento ortopédico. Vale dizer, cuida-se de uma iniciativa que redundou em manifesto prejuízo para a população do município e adjacências, tendo-se em vista que se trata de um polo regional. Dúvidas não pairam de que, de fato, houve uma perda no atendimento hospitalar, e a presente ação teve o condão e o mérito de fazer com que se procedesse ao restabelecimento da situação anterior.

No acórdão, com julgamento unânime, o desembargador Geraldo Augusto valorizou o depoimento do médico regulador, o qual expôs as consequências da interrupção do atendimento para a população assistida.

Também restou comprovado, tendo em conta a farta prova documental acostada e o depoimento esclarecedor de Paulo Teixeira Remígio, médico e coordenador da Central de Regulação do Estado de Minas Gerais (ff.854/856), que em razão do fechamento/interrupção de atendimento do Hospital Municipal, os Hospitais Santa Rosália e São Lucas paralisaram os atendimentos ortopédicos e traumatológicos aos pacientes do SUS, não obstante estivessem obrigados a tanto por força de vínculo contratual estabelecido com o Município de Teófilo Otoni.

O voto enfatizou a relevância pública dos serviços prestados e a necessidade de garantia de seu acesso.

Com efeito, o atendimento médico-hospitalar constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, havendo de ser prestado de forma contínua (art. 22 do CDC). Logo, sua interrupção ou prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, pois se trata de serviço público indispensável à saúde e à própria vida do cidadão.

O Município de Teófilo Otoni interpôs Recurso Extraordinário em face da decisão que confirmou a sentença de 1ª instância e reconheceu a nulidade do ato administrativo que determinou a suspensão das internações no Hospital Municipal. Alegou ofensa ao princípio da separação de poderes, sem sucesso. O Recurso Extraordinário não foi admitido.

II.2.1 Excluídos e vulneráveis: dois momentos na superação da desigualdade

O paradigma do acesso aos bens é identificado nas situações em que se busca garantir igualdade diante de uma situação na qual um sujeito, ou um grupo, encontra-se em situação de exclusão. Em matéria de saúde, apresenta grande incidência, visto que um dos problemas maiores do sistema é a dificuldade de acesso às ações e serviços disponíveis, e, em muitos casos, a inexistência destes. A Constituição brasileira reconhece o problema e coloca entre os objetivos da República a redução das desigualdades sociais e regionais, além de estabelecer, em matéria de saúde, os princípios da universalidade (direito de todos) e da integralidade (na atenção), rejeitando a exclusão em relação às pessoas e ao objeto da assistência.

Daí, do texto constitucional se extrai a diretriz interpretativa que, a partir da igualdade, como valor superior, determina a implementação de ações visando combater a exclusão de pessoas e grupos (sujeito) e a exclusão de cobertura em relação a doenças e outros agravos à integridade física, psíquica, social e espiritual (objeto). A interpretação e aplicação do princípio da não exclusão em relação a pessoas e grupos não apresentam maiores dificuldades: reconhecida a falta – interrupção, hierarquização injusta ou obstrução ao acesso – há espaço para ações coletivas que busquem a provisão de saúde para todos.

O problema maior se dá em relação à integralidade, ou seja, a aplicação do princípio da não exclusão em relação ao objeto da atenção. Nesse ponto, as interpretações são excludentes e se contrapõem, exigindo maior esforço de mediação. A indústria farmacêutica dirá que a “integralidade” impõe permanente incorporação de seus produtos. Os laboratórios e demais provedores de serviços de apoio diagnóstico têm interesse na interpretação que amplie ao máximo a utilização de avaliações preventivas, estimulando o uso de seus serviços e, como consequência, maior medicalização.

O conceito de integralidade é complexo, controvertido, objeto de intensa disputa. No limite, pode-se chegar a um consenso em relação ao que ele não é, com a formulação sintética: “tudo para todos”. Quanto ao sujeito, sim, a universalidade inclui a todos; no que diz respeito ao objeto, faz-se necessária a interpretação, a definição de fronteiras para a

integralidade, que certamente não inclui “tudo”. As fronteiras da “atenção integral” definida no art. 198 da Constituição brasileira determinam quais situações caracterizam a exclusão, entendida aqui como a privação do acesso às ações e serviços de saúde.

Em relação ao tema, o professor Ruben Araújo de Matos sugere três sentidos para a integralidade, qualificando-a como princípio orientador das práticas, como princípio orientador da organização do trabalho e como princípio orientador das políticas públicas, pontuando que, em qualquer das hipóteses, a integralidade “implica uma recusa ao reducionismo, uma recusa à objetivação dos sujeitos e, talvez, uma afirmação da abertura para o diálogo”²⁴⁶.

Primeiro, como princípio de orientação das práticas, com raízes no movimento conhecido como “medicina integral”. O ponto de partida é a crítica à fragmentação do sujeito decorrente da excessiva especialização da atividade médica (modelo **flexneriano**), objeto de intenso debate e críticas em relação à formação médica e à organização dos serviços. Nesse sentido, o princípio da integralidade prescreve que as ações e serviços de saúde devem cuidar do ser humano como um todo indivisível, atitude que se contrapõe à racionalidade do modelo hegemônico. Uma das consequências da disputa entre a medicina integral e as práticas reducionistas, em prejuízo da primeira, apresenta-se na separação entre ações preventivas e ações assistenciais.

Em seguida, refletindo a partir da organização dos serviços e das práticas de saúde, o professor da IMS/UERJ esboça o princípio da integralidade a partir da antiga divisão entre Ministério da Saúde e Ministério da Previdência Social, na década de 1970. O primeiro se dedicava somente à “saúde pública”, que se restringia à prevenção, enquanto a atividade assistencial ficava sob o comando da previdência. Sob essa ótica, a integralidade consiste na substituição de programas verticais por políticas que integrem atividades preventivas e serviços assistenciais. Com a criação do SUS, a atividade de assistência foi absorvida pelo Ministério da Saúde.

O terceiro caminho para a compreensão da integralidade se identifica com o reconhecimento da diferença e a criação de políticas específicas, também chamadas políticas especiais, para dar resposta a problemas de saúde de grupos determinados. Na cabeceira desse processo, avista-se o movimento feminista com a reivindicação de políticas de atenção integral à saúde da mulher. Da mesma forma, as políticas que buscam responder a desafios da AIDS, da dengue, dos agravos decorrentes de acidentes de trânsito, etc.

²⁴⁶ MATOS, 2006, p. 61.

Analogamente, quando se busca orientar a organização dos serviços de saúde pelo princípio da integralidade, busca-se ampliar as percepções das necessidades dos grupos, e interrogar-se sobre as melhores formas de atender a essas necessidades. As necessidades de serviços assistenciais de uma população não se reduzem às necessidades de atendimento oportuno de seus sofrimentos. Como também não se reduzem às necessidades de informações e de intervenções potencialmente capazes de evitar um sofrimento futuro. As necessidades não se reduzem àquelas apreensíveis por uma única disciplina como a epidemiologia, ou a clínica. Novamente, o princípio da integralidade implica superar reducionismos.²⁴⁷

No âmbito da justiça distributiva, todos esses sentidos sugerem que a integralidade deve ser primeiro ponderada na dimensão coletiva, tanto nas políticas públicas quanto nas mediações e decisões judiciais que têm como objeto o direito coletivo à saúde. Em maio de 2014 e maio de 2015, o Conselho Nacional de Justiça promoveu debates sobre a judicialização da saúde no Brasil e aprovou uma série de enunciados, muitos dos quais visando à fixação de limites à integralidade. Um dos mais importantes é o enunciado n.º 4, da 1ª Jornada, que foi modificado pelo enunciado n.º 61, em maio de 2015, e estabelece os casos em que se justifica o deferimento de pedidos que não se encontram previstos na política pública.

61- Saúde Pública - Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado.

Em outros enunciados, que regulam a discussão sobre a disponibilidade de tratamentos experimentais, a recomendação é de que o conhecimento da situação fática e de seu contexto seja ampliado, com redobrada atenção à complexidade e adoção de rito compatível com a necessidade de ampla e cuidadosa cognição. De qualquer modo, embora a redação seja branda, é clara a objeção posta a práticas experimentais.

5 - Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela Anvisa, off label e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado.

6 - A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

9 - As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não se podendo impor aos

²⁴⁷ MATTOS, 2006, p. 62.

entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais.

Na 2ª Jornada, realizada em 2015, o tema foi tratado de forma ainda mais enfática.

50 - Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso off label. Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais.

58 – Saúde Pública - Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME/RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse.

Os enunciados do CNJ se harmonizam e aperfeiçoam os pronunciamentos do STF na interpretação dos artigos 6º, 196 e 198 da Constituição brasileira e nos pronunciamentos do STJ que interpretam o direito à assistência terapêutica integral, previsto no art. 6º, inciso I, alínea “d”, da Lei n.º 8.080/1990, a qual arrola as ações típicas do campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS). De fato, uma primeira linha de jurisprudência, do final do século passado, entendia serem programáticas as normas constitucionais que tratam do direito à saúde e, amparadas na teoria da reserva do possível, negava o acesso à assistência terapêutica. Exemplo dessa corrente é o juízo emitido pela 1ª Turma do STJ no julgamento do REsp 57.614/RS, em 27.05.1996.

Em seguida, no campo oposto, desenvolveu-se uma linha de jurisprudência liberal. Nela, a saúde figura como direito absoluto e, por consequência, Estados e Municípios foram condenados a custear tratamentos no exterior e medicamentos experimentais. Uma terceira linha compreende decisões nas quais se busca um equilíbrio entre as duas primeiras. Apresentou uma versão mais radical, na qual se considera que o direito à saúde encontra seu limite nos produtos e serviços disponibilizados pelo SUS. A interpretação literal do art. 196 da Constituição sustenta a tese de que a extensão do direito individual é definida por meio de políticas públicas. Ou seja, o cidadão tem direito apenas àquilo que se encontra padronizado nos protocolos ou linhas-guia estabelecidos pelo gestor de saúde.

Por exemplo, a hermenêutica literal do art. 196, proposta pela ministra Ellen Gracie, foi posteriormente modulada pela subsequente decisão colegiada do STF, que, em acórdão no qual reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direito individual indisponível, assinalou que a ação do Estado deve materializar-se por meio de políticas públicas, mas, amparada em estudos científicos, concedeu medicamento fora dos limites fixados pelo protocolo respectivo.

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item nº 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. (RE 509.569/SC, Relator Ministro Celso de Mello, j. 01.02.2007)

Finalmente, uma quarta e última linha de jurisprudência condiciona o direito à assistência, à hipossuficiência econômica do requerente, incluindo a pobreza entre os elementos da causa de pedir.

Hoje, a situação se encontra em outro patamar, com aperfeiçoamento da terceira linha de jurisprudência, acima citada. O STF realizou audiências públicas em abril e maio de 2009, e colheu subsídios para posicionar-se em relação à judicialização da saúde. O resultado de tal consulta começou a aparecer em decisões unânimes, a partir de março de 2010, que definiram pontos importantes para a caracterização do direito subjetivo público à assistência à saúde.

Em 17.03.2010, na apreciação dos pedidos de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n.ºs 175 e 178, formulados respectivamente pela União e pelo Município de Fortaleza, o voto do ministro Gilmar Mendes – acompanhado por todos os demais – definiu critérios para o deferimento dos pedidos de assistência à saúde nos casos em que não há uma política pública adrede definida. O voto define o problema:

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

E pontua:

Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.

As visões apresentadas não se excluem mutuamente, nem impedem que se identifiquem e conjuguem outras esferas da integralidade. De qualquer modo, se a recusa à irrefletida reivindicação de “tudo para todos” for aceita, impõe-se a delimitação da integralidade com respaldo em critérios que se alinhem com a proposta de relativismo relacional, ou seja, nem tudo vale igual. As várias concepções de integralidade constituem verdades parciais e o reconhecimento da situação de exclusão exige que se avaliem os contextos e a complexidade das relações nele integradas.

O olhar relativista afirma unicamente a existência de verdades parciais que permitem orientar a busca de coerência entre nossos desejos, crenças e ações. Nesse sentido, o relativismo é uma postura teórica baseada em práticas sociais racionais e relacionais, pois nada pode ser entendido senão “em relação com” algo que o institui social e coletivamente. Esse algo não é mais que a plural e diferenciada forma de buscar a coerência entre os múltiplos desejos, crenças e ações das distintas formas de vida que compõem o nosso mundo.²⁴⁸

Recordemos, para ilustrar o funcionamento do relativismo relacional, o exemplo acima discutido da regulação assistencial exercida sobre a atividade hospitalar. Ao anunciar os resultados das políticas de saúde, o Governo de Minas Gerais declarou que o tempo médio para reserva de um leito para internação foi de 2h48m entre janeiro de 2006 e dezembro de 2008. Sabe-se, todavia, que o sistema é perverso. Há excessiva internação por causas sensíveis à atenção ambulatorial e grande dificuldade para a localização de vagas para a internação de pacientes em estado grave. Assim, embora a maior parte das internações ocorra com razoável presteza, a desarrazoada demora no atendimento de alguns casos sugere a incapacidade – senão a omissão – da autoridade sanitária para gerenciar os leitos comprados

²⁴⁸ HERRERA FLORES, 2007, p. 58.

pelo SUS.

O exame da teia de relações, do ponto de vista abstrato, pressupõe que a autoridade sanitária – que, no caso, é o médico regulador – detém o governo sobre os leitos, que lhe teria sido delegado, na escala regional, pelos secretários municipais de saúde. Estes, como gestores do SUS, figuram como “compradores” dos serviços, públicos e privados, no território de seu Município, sendo, portanto, os compradores de leitos. O diretor clínico do hospital que vendeu os leitos e correspondentes serviços teria, em tese, apenas que cumprir o contrato, entregando aquilo que vendeu.

Na prática, a situação nem sempre corresponde ao modelo ideal. Pressionado pelos custos operacionais e formado em uma cultura que confunde o público com o privado, que não compreende a função social da propriedade e do contrato e que nem sempre valoriza a boa-fé objetiva, o diretor da unidade hospitalar é quem detém o poder de fato sobre a porta de entrada do estabelecimento de saúde e não disponibiliza o leito nos casos em que o custo do serviço excederá o valor pago pelo SUS. Assim, se a autoridade sanitária não tem poder de fato, o modelo desenhado na política pública apresenta lacunas que dão causa à exclusão de pessoas.

Quando se enfatiza o aspecto **relacional**, como medida para evitar o relativismo irresponsável do “tudo vale igual”, a investigação confronta a posição ideal dos actantes com a posição real, na teia de relações, questionando a forma como são tomadas as decisões e o consequente desvio nos resultados obtidos pela política pública em face daqueles idealizados, e comprometidos com a equidade em saúde.

Consciente do contexto referido, o juízo emitido em relação a uma ação judicial na qual se demanda a provisão de vaga para alguém que, em estado grave, aguarda durante duas ou três semanas **relativiza** a política pública que estabelece as regras de acesso e impõem ao gestor a obrigação de providenciar imediatamente aquele acesso. O direito subjetivo do usuário é confrontado, sim, com o direito subjetivo de outros usuários, que também se encontram na mesma fila, mas é colocado **em relação** com os prestadores de serviço, públicos e privados, e com o próprio médico regulador, que raramente detém efetivo controle sobre os leitos que administra.

O princípio da integralidade caracteriza-se como violado – com o consequente reconhecimento da exclusão – a partir do momento em que a aplicação formal das regras da regulação revela-se injusta e apresenta desvio em relação à média (2h48m), justificando-se argumentos fundados no **relativismo relacional**, que redundam no afastamento da política pública para a realização da justiça material. É o conhecimento do contexto e das situações de

opressão identificadas nas relações entre os actantes que permite a caracterização da situação de exclusão.

Em alguns momentos, o paradigma do acesso aos bens e o paradigma protetivo se confundem. Ambos emergem da igualdade, como meta-valor, mas funcionam de forma diversa. Enquanto o pressuposto do acesso aos bens é a exclusão, o pressuposto do paradigma protetivo é a vulnerabilidade. Na saúde, conforme registrado no tópico antecedente, há uma linha jurisprudencial que condiciona o deferimento da pretensão à demonstração de hipossuficiência econômica do usuário, valorizando a prova de que o usuário é pobre. O tema, embora vinculado à noção de equidade em saúde, merece reflexão à luz do paradigma do acesso, que indaga a respeito da relevância da exclusão.

No sistema constitucional brasileiro, foram definidos dois regimes distintos, em relação à ordem social. O primeiro, incluído nas disposições gerais relativas à seguridade social, prescreve a “seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços” (art. 194, parágrafo único, III). Na saúde, conforme interpretação corrente do art. 196, todos têm direito ao acesso, circunstância que afasta a possibilidade de exclusão fundada na carência econômica. A universalidade é a regra, e o art. 7º da Lei Orgânica da Saúde prescreve a igualdade da assistência, “sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”. Fernando Aith a apresenta como representação da organização estatal da solidariedade na sociedade brasileira, “solidariedade esta que tem como escopo a equidade”²⁴⁹.

O primeiro grande princípio do SUS está definido no art. 196 da Constituição: o Estado deve garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde. Significa dizer que as ações e serviços públicos de saúde, realizados, portanto pelo SUS, devem estar acessíveis a todos os que deles necessitem e devem ser fornecidos de forma igual e equitativa. De tais princípios decorre que as ações e serviços de saúde devem ser prestados sem discriminações de qualquer natureza e gratuitamente, para que o acesso seja efetivamente universal.²⁵⁰

Não obstante isso, é frequente a informação a respeito da vulnerabilidade econômica do beneficiário nas ações judiciais e, em alguns casos, a “carência” ou “pobreza” aparece elevada à categoria de condição necessária ao deferimento do pedido, nos fundamentos da sentença ou do acórdão. Além disso, outras formas de discriminação têm sido identificadas e são objeto de ação coletiva.

No Município de Ipanema-MG, como forma de limitar o acesso, os serviços de saúde começaram a exigir apresentação de título de eleitor e, com esse documento, garantir o

²⁴⁹ AITH, 2007, p. 223.

²⁵⁰ AITH, 2007, p. 354.

atendimento apenas aos usuários que comprovassem a qualidade de eleitores do Município. Todos os não eleitores ficavam sem atendimento. Apurou-se que a decisão de excluir os não eleitores visava “regularizar” a situação de residentes que mantinham domicílio eleitoral em outros Municípios, e, na medida em que Ipanema-MG deixou de prestar assistência médica porque o usuário não podia apresentar o título de eleitor, surgiram reações que culminaram na judicialização do caso. A Promotoria de Justiça propôs Ação Civil Pública pleiteando a prestação integral e universal de assistência à saúde, independentemente da apresentação de título de eleitor ou qualquer outro documento como condição para o acesso.

O processo foi apreciado pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o procurador de justiça Rodrigo Cançado Anaya Rojas atuou no caso, manifestando-se contra a exclusão com fundamento no princípio da universalidade e na consequente ausência de justificativa para a condição imposta pelo Município.

O princípio da universalidade estabelece que a oferta desses serviços e ações de saúde deve ocorrer a todos que dele necessitem, através de um processo eficiente, eficaz e efetivo. Ora, se está garantido o acesso universal a todos os níveis de proteção, não há justificativa lógica para que se dificulte tal efetivação. Desta feita, condicionar o atendimento pelo serviço de saúde pública do Município agravante a apresentação de título de eleitor, configura afronta aos dispositivos constitucionais supracitados.

O paradigma do acesso também foi expresso no voto do relator, desembargador Maurício Barros, que manteve a decisão liminar e afastou, no início do feito, a condição discriminatória.

O direito à saúde, nos termos tutelados nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal, apresenta-se como bem jurídico de responsabilidade do Estado, para cuja garantia não estabelece a Carta Constitucional da República qualquer condição. Trata-se de bem jurídico maior, derivado e intrínseco ao direito à vida e à dignidade humana e, como tal, deve ser priorizado. Desse modo, estão evidenciados nos autos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a sustentar a concessão da liminar, pois o condicionamento imposto pelo agravante não encontra amparo constitucional, pois vinha negando indevidamente o acesso da pessoa à saúde. (Processo n.º 1.0312.10.001005-6/001, 6ª Câmara Cível do TJMG)

Os julgados que mencionam as condições econômicas do usuário são reduzidos, mas revelam que, apesar da inclusão do princípio da universalidade na Constituição brasileira, persiste o vício de utilizar as noções de patrimônio e renda para discriminar o usuário. Paralelamente, há os que insistem na focalização das políticas, com a criação de um sistema de saúde para pobres e de outro para ricos, situação que não se harmoniza com o ideal de “saúde para todos”.

Necessidades, interesses e políticas públicas

Uma pessoa saudável, ao atravessar uma rua, é atingida por um automóvel e sofre imediata perda da consciência, além de imobilidade, devido a fratura óssea. A capacidade de locomoção e a autonomia pessoal se comprometem, ao menos temporariamente, por força de evento súbito. Da mesma forma, alguém que se encontra enfermo e tem sua situação agravada, passando a estado de coma, enfrenta subtração da capacidade de autodeterminação. Entre o estado de lucidez e perfeita saúde e a situação inversa, quase equivalente à morte, salvo porque reversível, qualquer abalo à saúde tem como consequência a redução da capacidade individual, em graus variados, ou seja, produz algum tipo de vulnerabilidade, que torna necessária a ação protetiva. A identificação da justiça nestas ações configura o paradigma protetivo.

Tanto quanto o do acesso aos bens, o paradigma protetivo funciona sob a regência do meta-valor igualdade. Ambos se diferenciam porque, enquanto o paradigma de acesso aos bens concentra-se em quem está excluído, o protetivo preocupa-se com a defesa do vulnerável. Assim, ainda que o sujeito não se encontre em situação de exclusão, a busca de igualdade material implica a investigação de eventual vulnerabilidade de que seja portador. É certo que as duas situações podem estar sobrepostas, e, por esse motivo, justificar a ampliação de medidas protetivas e/ou afirmativas.

Já vimos que, a partir do paradigma protetivo, descortinaram-se nas últimas décadas os estatutos orientados para a proteção da criança e do adolescente, da mulher, do idoso, do portador de deficiência, do consumidor e da igualdade racial. Lorenzetti destaca a evolução do princípio *favor debitoris* para o princípio *favor debilis*, que transcende a posição obrigacional e se desdobra em deveres colaterais e garantias. Em relação a práticas comerciais abusivas, o sujeito “consumidor” protegido nem sequer figura necessariamente na relação contratual, basta que esteja “exposto” à publicidade ou ao *marketing*.

Embora talvez seja o paradigma mais utilizado na atuação do Ministério Público, sua aplicação exige cuidado, especialmente quando se tem como objetivo a garantia de que os processos culturais produzam resultados emancipadores. O excesso, na proteção, desloca as metodologias e práticas adotadas, assim como os resultados alcançados, para o pilar da regulação e acaba por reduzir-se a exercício de biopoder. Lorenzetti destaca as principais objeções ao paradigma protetivo e a tensão que se enfrenta principalmente em face dos paradigmas coletivo e consequencialista:

- Este paradigma tem sido criticado porque a proteção imediata conduz à desproteção mediata; porque é tutelada sem a informação suficiente e por isso se

baseia em intuições, protegendo aqueles que não necessitam, e destruindo os incentivos;

- Seu desenvolvimento ilimitado conduz a uma sociedade de protegidos que colidem entre si;

- Também pode ocorrer que o desenvolvimento dos direitos individuais deteriore os bens coletivos;

- Essa visão é criticada porque trata o direito como um escudo defensivo do indivíduo, despreocupando-se da regulação da sociedade. Daí por que aparecem as tensões com o paradigma consequencialista e o coletivo.²⁵¹

O problema com a metodologia adotada na crescente judicialização da saúde, especialmente nas demandas individuais, é, mais uma vez, o reducionismo: destaca-se um elemento da realidade, como se fosse o único, em prejuízo dos demais. O exame dos pedidos formulados e das correspondentes justificativas se reduz ao consumo de tecnologia e se limita a medicamentos, exames e terapias complexas, desconectando-se da integralidade, como valor, e dos resultados concretos das práticas adotadas.

Para se evitar a perversão de objetivos no paradigma protetivo, em prejuízo do coletivo, especialmente nas questões que envolvem direito à saúde, as peculiaridades decorrentes da natureza do objeto protegido devem ser observadas. É certo que a demanda por “atenção”, “cuidado” ou “proteção” se apresente como intrínsecas à situação de ausência de doença e ao agravo à integridade física ou psíquica. Assim, a compatibilização entre interesses individuais e coletivos demanda atenção aos “elementos materiais”, que envolvem o contexto e as peculiaridades do caso concreto, a identificação das necessidades e a eleição (invenção) da metodologia de ação que garanta equilíbrio entre indivíduo, coletividade e meio ambiente. Se a exclusão demanda “acesso”, *lato sensu*, a vulnerabilidade justifica atenção especial, em consideração à “diferença”. Diferença entre as pessoas, grupos e suas necessidades.

O controle que se propõe para a boa aplicação do paradigma protetivo é a identificação dos elementos materiais a partir das necessidades, que não se reduzem às necessidades de tecnologia, objeto da maior parte das ações individuais. A discussão sobre as necessidades – que permeia todo este trabalho, materializando o ideal de vida digna – se destaca na compreensão do princípio da integralidade em saúde e na aplicação do paradigma protetivo. Integralidade, entendida como satisfação integral das necessidades, conduz à interpretação do paradigma protetivo no mesmo sentido, ou seja, a proteção visa à integral satisfação das necessidades.

²⁵¹ LORENZETTI, 2011, p. 251.

Conforme a estrutura proposta por Joaquín Herrera Flores, na taxionomia dos processos culturais, a essência da necessidade individual é o pleno desenvolvimento da capacidade de fazer e desfazer mundos, da capacidade de reagir, da emancipação – que pressupõe saúde. A necessidade social se traduz em vínculos saudáveis, que valorizem a disposição para a cooperação, a solidariedade e a fraternidade. E as necessidades ambientais, que se materializam em tudo o que contribui para as boas condições de vida e a lei orgânica da saúde discrimina como determinantes e condicionantes da saúde.

Visto por essa perspectiva, o paradigma protetivo também apresenta um vínculo com os princípios da integralidade e da universalidade, orientando as ações para a busca de resultados que atendam à concreta necessidade das pessoas e dos grupos. O reducionismo, que limita o direito à saúde à provisão de tecnologia, propicia a ocorrência de graves desvios, na medida em que pressiona a alocação de recursos na aquisição de medicamentos, equipamentos e serviços em prejuízo do atendimento das necessidades do usuário do sistema de saúde.

Os dados epidemiológicos e as informações relativas aos fatores determinantes e condicionantes da saúde – a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais – são indispensáveis para a determinação das necessidades coletivas. Todavia, sendo a vulnerabilidade um atributo pessoal, a necessidade individual deve ser apurada caso a caso.

Numa dimensão mais coletiva [...] estudos epidemiológicos ou as demandas e disputas de atores sociais nas várias arenas políticas nos relevariam grupos excluídos, com mais dificuldade de acesso ou que precisam de cuidados especiais. No entanto, a não-integralidade e a não-equidade só poderão ser escutadas ou aprendidas, mas também enfrentadas, superadas ou reduzidas, com radicalismo, se conseguirmos captá-las na sua dimensão individual, subjetiva, singular, ali no espaço de cada serviço, no encontro de cada usuário com suas necessidades de saúde únicas e os profissionais e/ou a equipe de saúde.²⁵²

A partir das necessidades individuais, e das necessidades dos grupos, as ações e serviços de saúde podem integrar-se em um sistema único, que inclua a todos. As políticas de saúde não se dirigem somente àqueles que usam exclusivamente o sistema público, dirigem-se a todos, independentemente da forma como seja financiado o cuidado que recebem. Daí, sob a ótica do paradigma protetivo, as ações e serviços oferecidos devem orientar-se pelas necessidades do usuário, superando a fragmentação determinada pela fonte de custeio. As

²⁵² CECÍLIO, 2001, p. 123.

políticas em relação a aids, dengue, osteoporose, diabetes, hipertensão, etc. alcançam grandes grupos, não importando o subsistema de financiamento responsável pelo custeio de cada caso concreto.

No Brasil, como afirmamos, o SUS constitucional universal convive com o SUS real, segmentado. A própria Constituição, ao permitir à iniciativa privada atuar na prestação de serviços de saúde, de forma complementar ao SUS, determinou a segmentação desse sistema. De acordo com os dados do CONASS, 28,6% dos brasileiros são usuários exclusivos do SUS, 61,5% são não exclusivos e apenas 8,7% não são usuários. Concretamente, o SUS, cada dia mais, comporta dois outros subsistemas no seu arcabouço: o sistema de saúde suplementar (planos de saúde) e o desembolso direto.²⁵³

De qualquer forma, a existência da concreta situação de desigualdade e a consideração dos vários e complexos aspectos da vulnerabilidade compõem o quadro no qual funciona o paradigma coletivo e determinam as metodologias adequadas à sua implementação.

Um bom exemplo do funcionamento do paradigma protetivo e das dificuldades de sua implementação na tutela coletiva do direito à saúde é a discussão em torno da utilização do Micofenolato Mofetila pelos portadores de lúpus eritematoso sistêmico pelos usuários do SUS em Minas Gerais. O caso foi judicializado em 2010, pela Promotoria da Saúde de Belo Horizonte, que pediu a incorporação do medicamento ao protocolo respectivo sob o argumento de que a política de atenção aos portadores de lúpus apresentava sérios problemas porque os medicamentos oferecidos produziram graves efeitos colaterais, inclusive morte e esterilidade dos usuários.

A juíza Lílían Maciel Santos justificou a concessão da liminar na Ação Civil Pública identificada pelo n.º 1.0024.09.670463-0/001, apontando os riscos de morte e esterilidade, além de outros efeitos colaterais provocados pelos medicamentos incluídos na política mantida pelo Estado:

Ademais, os efeitos colaterais do medicamento fornecido pelo SUS para tratamento da doença pode ocasionar danos irreparáveis, pois de acordo com a nota técnica do Hospital das Clínicas, é um medicamento tóxico que pode gerar vários efeitos colaterais. E, como a doença afeta principalmente mulheres jovens, estas não podem correr o risco da esterilidade, sendo este um dos efeitos colaterais causados pelo medicamento fornecido pelos SUS.

Na petição inicial, a promotora de justiça Josely Ramos Pontes narrou que vinha documentando os problemas com a política de atenção aos portadores de lúpus desde 2007, e dialogando com a Secretaria Estadual de Saúde visando obter a atenção a casos graves. A

²⁵³ BORGES, 2009, p. 26.

petição inicial foi instruída com farto conjunto probatório, destacando-se a Nota Técnica do Hospital das Clínicas, instituição responsável pelo acompanhamento de cerca de quatrocentos pacientes, na qual são arrolados os resultados negativos da atual política:

Os resultados obtidos com os regimes imunossuppressores para tratamento de nefrite lúpica atualmente disponíveis ainda são insatisfatórios. A taxa de remissão renal após tratamento de primeira escolha tem sido de 81%. As reativações renais ocorrem em um terço dos pacientes, em sua maioria enquanto ainda estão imunossuprimidos. Cerca de 10 a 20% dos pacientes evoluem para insuficiência renal crônica terminal 5 a 10 anos após o início da doença. A toxicidade relacionada ao tratamento é considerável. Cerca de 20% dos pacientes recebendo pulsoterapia com ciclofosfamida apresentam infecções graves. Nas mulheres o risco de toxicidade gonadal (menopausa precoce) é dependente da idade (risco de 17% < 25 anos, 43% entre 26-30 anos e 100% > 30 anos). Entretanto, como a ciclofosfamida não é capaz de controlar todos os casos de nefrite lúpica (o índice de casos refratários e de redidivas é elevado) e em razão de sua toxicidade (esterilidade e infecção), novos esquemas terapêuticos têm sido avaliados. Alternativamente, drogas eficazes e menos tóxicas poderão ser indicadas tais como o micofenolato mofetil.

Em resumo, o fundamento técnico e científico da discussão da política de atenção aos portadores de lúpus teve origem na instituição de referência, responsável pela execução da assistência a mais de quatrocentos pacientes, e que propôs a incorporação de novo medicamento pelo fato de a alta toxicidade do que era oferecido pelo Estado ter causado mortes, graves problemas renais e esterilidade, entre outros efeitos indesejados.

O Estado de Minas Gerais interpôs recurso de agravo de instrumento contra a liminar concedida e seus argumentos foram acatados pela 3ª Câmara Cível do TJMG, que, com o voto condutor do desembargador Dídimo Inocêncio de Paula, reformou a decisão registrando que o laboratório fornecedor não promoveu o registro, na Anvisa, para tratamento de lúpus eritematoso sistêmico, e que a lista de medicamentos excepcionais do SUS é elaborada pelo Poder Executivo. Não obstante isso, a petição de recurso do Estado de Minas Gerais reconheceu expressamente que a Associação Médica Brasileira e o Conselho Federal de Medicina avaliaram o uso do imunossupressor, e transcreveu a seguinte conclusão:

Um estudo mostrou melhores resultados com uso de azatioprina ou de micofenolato mofetil como drogas de manutenção, após indução da remissão da nefrite lúpica proliferativa com o esquema clássico de ciclofosfamida intravenosa por seis meses.

O principal argumento do Estado, acatado pelo Tribunal, foi a afirmação de que o medicamento não poderia ser padronizado porque o tratamento seria, tecnicamente, qualificado como experimental. Isso porque o Laboratório Roche registrou o Micofenolato Mofetila somente como imunossupressor empregado para a profilaxia no tratamento de rejeição de órgãos.

O argumento foi questionado pela Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos com a ponderação de que, embora se tratasse de prescrição *off-label*, ou seja, fora da bula, somente porque o laboratório fornecedor não formulara o correspondente pedido de registro junto à Anvisa, o uso havia sido recomendado pelo Hospital das Clínicas, instituição de referência para o tratamento de lúpus no Estado de Minas Gerais, com o aval do Conselho Federal de Medicina (CFM). Como precedente, foi apontado o caso da então recente incorporação de medicamento, *off-label*, pelo Estado, com a inclusão do fármaco Tacrolimus, no protocolo para tratamento da rejeição de transplante de coração e pulmão (Resolução n.º 2.220, de 05.03.2010).

Os dois tipos de transplante têm tratamento previsto pelo Ministério da Saúde, e, no tratamento complementar, a SES-MG incluiu o medicamento Tacrolimus nos dois tipos de enxerto, mas não há previsão na bula do referido medicamento para tratamento de rejeição de pulmão e coração, apenas rim e fígado. A bula traz informações sobre o fármaco e afirma que este "prolonga a sobrevivência do hospedeiro de órgãos transplantados em modelos animais de transplantes de fígado, rins, coração, medula óssea, intestino delgado e pâncreas, pulmão e traquéia, pêlo, córnea e membros." Todavia, na sua indicação, constam apenas fígado e rins, o que significa que seu registro é apenas para tratar enxerto de rim e fígado.

A prescrição *off-label* é a prescrição de medicamento fora da bula, situação que caracteriza uma das formas de tratamento experimental. No Tribunal, há precedentes nos dois sentidos. Na apelação cível n.º 1.0382.06.064076-2/002, da Comarca de Lavras, a 2ª Câmara Cível do TJMG, em acórdão relatado pelo desembargador Brandão Teixeira, reformou a sentença que concedeu o medicamento Herceptin para um caso de câncer de mama, prescrição vedada pelo Ministério da Saúde e questionada pela Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica. Em sentido oposto, na Apelação Cível n.º 1.0407.06.010524-1/001, da Comarca de Mateus Leme, a mesma Câmara, no acórdão relatado pelo desembargador Nepomuceno Silva, manteve a sentença que concedeu o medicamento Viagra (Sildenafil) para tratamento de hipertensão pulmonar, desconsiderando a alegada inexistência de comprovação científica da prescrição.

Assim, embora em nenhum desses precedentes tenha sido aprofundada a discussão sobre prescrições *off-label*, explicitando os critérios adotados, os dois casos possuem suporte fático bastante diverso, circunstância que permite compreender a justiça de ambas as decisões. No primeiro caso, a negativa do SUS se encontrava amparada em forte consenso científico. No segundo, as evidências apontavam em sentido contrário.

A promotora de justiça Josely Ramos Pontes registrou que os Tribunais têm garantido

efetividade aos comandos constitucionais que definem o direito à saúde, de forma integral, o que inclui a assistência farmacêutica. A matéria foi tema de audiência pública no Supremo Tribunal Federal e o ministro Gilmar Mendes, na primeira decisão divulgada após o evento, reafirmou que deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, “sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente” (Suspensões de Tutela Antecipada (STAs) 175 e 178). Ou seja, a lista oficial de medicamentos é a principal referência a seguir. Mas não limita o direito subjetivo individual.

Na mesma decisão, o então presidente do STF salientou que, “se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação”. E sublinhou a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada.

No caso do tratamento do lúpus eritematoso sistêmico, os estudos apresentados mostravam que o custo final não seria muito diferente do que se gastava. Os expertos demonstraram ser de 1,57 a razão da diferença, se considerada nos cálculos a economia por evitar desembolsos decorrentes dos efeitos colaterais provocados pelos medicamentos então oferecidos.

Em relação ao custo, constatou-se que o gasto com a medicação imunossupressora isoladamente foi 13,6 vezes maior no grupo de pacientes que receberam o Micofenolato Mofetila quando comparado com o grupo do tratamento convencional. Porém, tal diferença de custo foi significativamente amenizada ao se avaliar o custo total do tratamento levando-se em consideração os gastos de medicação, hospitalização e tratamento de infecções, ou seja, o custo total do tratamento no grupo do Micofenolato Mofetila foi somente 1,57 vezes maior do que naquele grupo com tratamento convencional devido a menores gastos com complicações.

A ação foi julgada procedente, em primeira instância, com a condenação do Estado de Minas Gerais e a imposição da obrigação de fornecer o medicamento Micofenolato Mofetila aos usuários do SUS, mas o TJMG reformou a sentença para decretar a improcedência do pedido sob o fundamento de que, como o laboratório não promoveu o registro, a Anvisa e o Ministério da Saúde não teriam autorizado a utilização para o tratamento de lúpus eritematoso sistêmico, qualificando como “imprudente” a decisão de primeira instância.

O STJ já apreciou alguns casos de prescrição *off label* do Micofenolato de Mofetila e manteve as decisões proferidas em casos individuais nos quais as prescrições visavam ao

tratamento de lúpus (Agravado em Recurso Especial n.º 382.880 - MG (2013/0263715-4), Relator ministro Olindo Menezes, j. 16.06.2015); Agravado em Recurso Especial n.º 395.620 - MG (2013/0310873-6), Relator ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 03.02.2014), para o tratamento de púrpura trombocitopênica trombótica - PTT (Agravado em Recurso Especial n.º 707.324 - PE (2015/0107331-9), Relatora ministra Assusete Magalhães, j. 21.05.2015) e para o tratamento de esclerose sistêmica (Recurso Especial n.º 1.199.997-MG (2010/0118399-4), Relator ministro Sérgio Kukina, j. 21.02.2014).

No primeiro caso envolvendo o uso *off label* de Micofenolato Mofetila, julgado em 2013, o ministro Antonio Herman Benjamin manifestou estranheza em face da recusa do Estado, registrando que o medicamento se encontrava incluído no rol da assistência farmacêutica do SUS e, no caso examinado, a usuária já fazia uso dele, com sucesso.

Aliás, o caso concreto causa-nos repúdio e indignação, porque, apesar do MICOFENOLATO MOFETIL 500mg constar das relações padronizadas de medicamentos disponibilizadas pelos programas de assistência farmacêutica do SUS, tendo sido incluído pelo Ministério da Saúde no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, estabelecido pela Portaria MS/GM nº. 2981/2009 (fls. 28/33 e 98/103), o Estado recusou o seu fornecimento à beneficiária da ação ao argumento de que a medicação em referência é dispensada apenas para transplantados; não sendo indicada formalmente no tratamento do LÚPUS ERITEMATOSO SISTÊMICO e da NEFRITE LÚPICA (fls. 33, 36 e 98/103). Ora, a recusa no fornecimento de medicação prescrita pelo nefrologista que acompanha a beneficiária da ação é inadmissível; principalmente porque esta medicação, além de fazer parte da relação de medicamentos de alto custo dispensados pelo SUS, é indicada para evitar insuficiência renal crônica, com necessidade de hemodiálise. Convém ainda ressaltar que o relatório médico de fl. 24 atesta que a paciente "está em uso do medicamento Micofenolato Mofetila há cinco meses, tendo-se obtido uma resposta terapêutica satisfatória, o que pode ser comprovado pelos exames laboratoriais realizados periodicamente (em anexo)", fato que, por si só, justifica a não utilização dos medicamentos indicados pela farmacêutica do SUS. (Agravado em Recurso Especial n.º 370.550 - MG (2013/0205642-0), Ministro Antonio Herman Benjamin, julgado em 30.09.2013)

O pedido formulado em moldes coletivos foi objeto de recursos especial e extraordinário, pendentes de julgamento. De qualquer modo, a ação foi proposta em 2010. Cinco anos depois, embora os pedidos formulados em casos individuais sejam deferidos pelo TJMG e confirmados pelo STJ, a maior parte dos usuários do SUS continua utilizando os medicamentos que causam graves efeitos colaterais e, como consequência, sujeitando-se aos posteriores tratamentos oferecidos aos portadores de doença renal crônica.

Tanto o Ministério Público quanto a Magistrada que apreciou o feito em primeira instância agiram sob as luzes do paradigma protetivo, atentos às necessidades dos portadores de lúpus. A decisão do Tribunal, amparada na objeção formal, que exige o registro na Anvisa, absteve-se de examinar as necessidades do usuário, coletivamente considerado.

Foi comprovada a necessidade alinhada à provisão de “boas condições de vida” dos portadores de lúpus que, com o medicamento postulado, enfrentariam menos efeitos colaterais. Aliás, graves efeitos colaterais. A necessidade, do ponto de vista tecnológico, também foi demonstrada por meio do laudo do serviço de referência – o Hospital das Clínicas – e pelo parecer do Conselho Federal de Medicina. O fato de tratar-se de patologia para cujo tratamento os usuários são concentrados em um único serviço de referência é também significativo em relação à avaliação do “vínculo (a)efetivo” entre o Hospital das Clínicas e os portadores de lúpus e seu impacto no futuro destes. Por fim, no que diz respeito à “autonomia”, é certo que os efeitos colaterais dos medicamentos oferecidos pelo SUS tornam o usuário mais dependente, reduzindo sua capacidade de fazer.

Vivimos en un mundo en el que proliferan las “fuentes de la indignación” y las tendencias políticas, sociales y económicas basadas en la injusticia. Esto halla su causa, sobre todo, en la existencia –y persistencia- de estructuras que, de un modo u otro han impedido, a lo largo de la historia, el despliegue de la capacidad humana genérica de hacer y des-hacer mundos, realidades, o, lo que es lo mismo, sistemas de relaciones construidos en función de la existencia de otros seres humanos, de las diferentes formas de relacionarnos con nosotros mismos y de las distintas maneras de interactuar con la naturaleza.²⁵⁴

As objeções postas ao paradigma protetivo somente podem ser superadas quando se considera, como necessidade primordial, a manutenção e a ampliação da autonomia do sujeito; de sua capacidade de fazer e desfazer mundos.

II.2.2 Expansão e limites do paradigma coletivo: consequencialismo e estado de direito constitucional

O exame do paradigma consequencialista aprofunda a reflexão sobre os limites do paradigma protetivo e o caráter distributivo da promoção de direitos em escala coletiva. As perspectivas coletiva e consequencialista se opõem ao modelo que toma como ponto de partida o indivíduo e seu direito subjetivo; diferenciam-se porque, enquanto ao coletivo se chega a partir da identificação de bens coletivos (objeto) e de grupos (sujeito), o consequencialismo resulta da identificação de efeitos negativos da ação individual sobre aqueles bens coletivos (objeto) e/ou grupos de pessoas (sujeito).

Os “efeitos negativos” da expansão dos direitos individuais decorrem, em muitos casos, da expansão do paradigma protetivo. A busca de igualdade material, a crescente

²⁵⁴ HERRERA FLORES, 2005a, p. 30.

conscientização em relação às várias formas de opressão e a consequente proliferação de estatutos de cunho protetivo geram, como consequência, a colisão de direitos. Colisão entre direitos individuais e coletivos.

Durante os séculos XIX e XX, a expansão dos direitos sociais contou com o protagonismo quase exclusivo do trabalhador, representado pelos sindicatos, nos processos de luta. A virada do milênio coincide com a multiplicação dos protagonistas, com agenda e reivindicações próprias. No Brasil, o fortalecimento dos atores sociais foi responsável pela substituição do Código de Menores pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990); elaborou-se um código de proteção do consumidor (Lei n.º 8.078/1990); definiram-se direitos da pessoa portadora de transtorno mental (Lei n.º 10.216/2001); o Estatuto do Idoso foi sancionado (Lei n.º 10.741/2003); a violência doméstica e familiar contra a mulher ganhou tratamento legal (Lei n.º 11.340/2006), a igualdade racial ampliou o aparato legal de ações afirmativas (Lei n.º 12.288/2010), etc. Os estatutos protetivos continuam a expandir-se, o que é positivo, mas exigem ponderação permanente. São recorrentes os casos de colisão entre protegidos e casos de colisão entre interesses individuais e interesses coletivos.

Conforme Lorenzetti, este paradigma se sustenta na compreensão de que a aplicação ilimitada dos direitos individuais (paradigma protetivo), somada a uma profunda desconexão entre o público e o privado, gera uma tensão elevada, que torna impossível a vida em comum. Seu princípio estruturante é a análise das consequências públicas das ações privadas.

No Ministério Público brasileiro, cuja atuação na área cível, como “fiscal da lei”, ao menos até os anos 1980, orientava-se para a proteção dos interesses dos incapazes, o paradigma protetivo se estabeleceu de maneira muito forte no “DNA” institucional, circunstância que induz à adesão a discursos que negam o reconhecimento às objeções postas, especialmente àquelas de cunho consequencialista. Assim, paradoxalmente, a instituição responsável pela maior parte das iniciativas voltadas à proteção de bens coletivos e direitos de grupos – nos âmbitos judicial e extra-judicial – continua ancorada à lógica individualista por força da tradicional forma de atuação pautada no interesse do hipossuficiente.

A ampliação dos quadros da Defensoria Pública que, concomitantemente, conquistou novos instrumentos de atuação, tem sido útil para a melhor compreensão da tensão entre os paradigmas protetivo e consequencialista. Por força da Lei Complementar n.º 132, de 07.10.2009, e da Lei Complementar n.º 80, de 12.01.1994, cabe à Defensoria Pública, no Brasil, a promoção dos direitos humanos e a defesa “dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados”. A função protetiva, deduzida da redução da

atuação aos interesses dos “necessitados” implica, a partir de interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, a atuação seletiva da Defensoria Pública.

O exame do rol de funções institucionais da Defensoria Pública mostra que, visando à redução das desigualdades sociais e regionais, a atuação tem como objeto a proteção de direitos subjetivos:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; [...]

IV – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; [...]

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; [...]

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; [...] (Redação dada pela Lei Complementar n.º 132/2009).

A atualização do perfil institucional da Defensoria Pública contribui, no plano abstrato, para o aclaramento das tensões entre paradigmas, mas, na prática, membros de ambas as instituições ainda confundem os respectivos papéis, e os discursos de membros do Ministério Público ainda se apresentam fortemente alinhados contra o consequencialismo, especialmente quando fundado na racionalidade estritamente econômica da “reserva do possível”.

Bastante frequente nas discussões que envolvem o direito à saúde, a teoria da “reserva do possível” se encaixa no rol das objeções à judicialização dos direitos sociais, pareada com teses que reduzem as questões distributivas à decisão política, excluindo a intervenção judicial; contrapõem a vontade legislativa, expressa no orçamento, à interpretação dada pelos Tribunais ao direito fundamental; apontam limitações na visão do juiz, que não considera o contexto inerente às questões distributivas; identificam interferência nas ações governamentais e ofensa ao princípio da legalidade tributária; apresentam temor em relação ao efeito multiplicador, etc.

Conforme a definição de Canotilho, a teoria da “reserva do possível” traduz a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro público nos cofres

públicos, o que leva à conclusão de que um direito sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica²⁵⁵. Na opinião de Lobo Torres, a teoria alemã transposta para o Brasil passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver “disponibilidade financeira”, que pode compreender a existência de dinheiro na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias.²⁵⁶

Da forma como vem sendo posta na jurisprudência brasileira, a teoria da “reserva do possível” apresenta-se como discurso alinhado com o paradigma consequencialista, um discurso que busca estabelecer limites ao paradigma protetivo. Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, coordenadores de obra coletiva sobre o tema, concluem que a reserva do possível abrange três dimensões: efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em função da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; proporcionalidade e razoabilidade daquilo que está sendo pedido.

[...] a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.²⁵⁷

Ao menos até 2007, no STF, todas as decisões adotadas em pedidos de medicamentos rejeitavam a aplicação da teoria da reserva do possível. A partir de 2007, a limitação de recursos e a necessidade de racionalização dos gastos passa a ser fundamento para a não concessão, em alguns casos. Persistiu, porém, a rejeição de argumentos ligados a limitações orçamentárias em face da preponderância de razões ligadas à gravidade do caso, necessidade de continuidade do tratamento, execução deficiente da política pública, hipossuficiência e preço do medicamento. Para o pesquisador Daniel Wang, nas decisões mais recentes “o direito à saúde é colocado dentro de um contexto de políticas públicas em que recursos escassos são distribuídos”²⁵⁸.

Em decisão recente, o ministro Celso de Mello, não obstante reconheça limites

²⁵⁵ CANOTILHO, 2004, p. 481.

²⁵⁶ LOBO TORRES, 2010, p. 78.

²⁵⁷ SARLET e FIGUEIREDO, 2011, p. 30.

²⁵⁸ WANG, 2011, p. 357.

materiais, afirma a inaplicabilidade da reserva do possível quando há comprometimento do “núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min^o CELSO DE MELLO, Informativo/STF n^o 345/2004).

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial. (trecho do voto proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 727.864 – Paraná, Relator, min. Celso de Mello, j. 04.11.2014)

Outras perspectivas sobre o problema são apresentadas pelo professor José Reinaldo de Lima Lopes, que invoca o saber acumulado em torno das obrigações impossíveis; discute a natureza do orçamento público e o problema dos Estados, cuja situação deficitária é historicamente conhecida; analisa o caso a partir da doutrina da “questão política” e sugere analogia com o tratamento dado às condições potestativas.

Para o professor da Universidade de São Paulo (USP) e da Fundação Getúlio Vargas (FGV), a impossibilidade jurídica e a impossibilidade econômica não se confundem. Em geral, os Estados permanecem em situação de déficit permanente e essa é a situação brasileira, tanto da União, que reiteradamente realiza cortes nos gastos sociais, com o argumento de que necessita garantir o *superávit* primário – leia-se, o cumprimento das obrigações contraídas com os bancos – quanto dos Estados membros, também comprimidos por dívidas. Assim, o orçamento da saúde não é uma “coisa”, é uma instituição; é a autorização para a realização de despesas por parte de uma pessoa jurídica.

Outro fator a ser ponderado é a própria alocação de recursos orçamentários. Se, de um lado, há priorização expressa em relação ao cumprimento de obrigações que têm o sistema financeiro como credor, sabe-se também que os grupos econômicos com maior influência determinam as alocações orçamentárias. Na saúde, o elevado gasto com o modelo de assistência orientado para o uso intensivo de tecnologia atende ao interesse de grandes grupos industriais, em prejuízo da atenção preventiva e das ações de promoção da saúde. As escolhas de prioridades criam a escassez em algumas áreas, e não em outras.

Quando as necessidades são financeiras, parece também fácil debitar ao Estado uma conta que jamais fechará e não se fala mais nisso. Como o Estado presume-se imortal e não sujeito à falência, penduram-se contas sem fim. E, sobretudo, contas que nem sempre correspondem aos propósitos constitucionalmente definidos de justiça social. Isso tudo alimenta a ideia de que é impossível cumprir as generosas promessas da Constituição de 1988. É preciso, porém, distinguir adequadamente as coisas. Há sim limites orçamentários que se podem alegar, mas como orçamentos não são coisas da natureza mas frutos de decisões políticas, é bem possível que eles também estejam sujeitos a regras de elaboração e que, portanto, possam ser jurídica e judicialmente impugnados.²⁵⁹

O questionamento da lei orçamentária e das políticas públicas são hoje frequentes, graças à superação da doutrina da questão política. Trata-se, conforme lições da história do direito, de posição que tem origem na suprema corte dos Estados Unidos da América, que, em 1803, no caso *Marbury v. Madison*, decidiu que questões políticas não poderiam ser judicializadas, sacramentando a divisão entre casos de justiça comutativa e de justiça distributiva. A nova orientação só veio em 1962, com o julgamento do caso *Bacon v. Carr*, no qual a suprema corte norte-americana reconheceu que a legislação eleitoral do Tennessee afetava direitos de cidadãos sub-representados pelo problema distrital, abrindo caminho para a flexibilização da doutrina da questão política. Nas últimas décadas, no mundo todo, renova-se a discussão em torno dos limites de atuação entre os poderes e a ampliação do fenômeno rotulado como “ativismo judicial”. O estudo dos paradigmas, especialmente quanto às situações em que se apresentam em colisão, contribui para o aperfeiçoamento das relações entre os poderes e, principalmente, o atendimento das necessidades do cidadão.

As decisões do STF mostram que a aplicação da teoria da reserva do possível encontra-se em momento de aperfeiçoamento e consolidação dogmática, não sendo possível definir com clareza os limites de sua aplicação. Há excessos nos pedidos formulados – turbinados pelo interesse da indústria na incorporação de tecnologias oferecidas no mercado – e excessos por parte do SUS, que tenta retroceder à doutrina da questão política invocando

²⁵⁹ LIMA LOPES, 2011, p. 160.

separação de poderes e atribuindo à lei orçamentária *status* superior aos direitos fundamentais. O professor José Reinaldo Lima Lopes propõe, a propósito, a crítica da doutrina sob a ótica das condições potestativas.

Embora a reserva do possível seja plausível como defesa jurídica, é muitas vezes usada como obstáculo fácil aos impasses dessa conta incontável. “Já que não há nada a fazer, nada façamos!” Aceitável, ela pode levar a consequências inaceitáveis. O que me parece relevante é analisar mais de perto sua natureza pelo ângulo tradicional das cláusulas potestativas. Pode estar acontecendo que da maneira como hoje lidamos com a questão estejamos tratando como aceitável no âmbito do direito público uma forma de proceder inaceitável na teoria geral das obrigações jurídicas.²⁶⁰

A condição potestativa é proibida quando priva de efeito o ato ou o subordina ao puro arbítrio de uma das partes. Assim prescreve o Código Civil, em sua Parte Geral: “[...] entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes” (art. 122). De nada vale dizer que “saúde é direito de todos e dever do Estado”, se o cumprimento da obrigação é arbitrado exclusivamente pelo devedor. O risco, com a aplicação da teoria da reserva do possível, é sua generalização como cláusula potestativa, esvaziando completamente o direito do cidadão na exata proporção em que se atribui ao Executivo a definição das prestações devidas.

Sem ingenuidade, o acesso ao orçamento público é sempre mais difícil ao cidadão comum. Assim, se as decisões judiciais têm impacto nas decisões governamentais e consequentemente nas compras, em pequena ou média escalas, a ação de poderosos grupos econômicos exerce permanente influência na alocação de recursos e na definição de prioridades. Na experiência brasileira, embora a participação da comunidade e a descentralização sejam diretrizes constitucionais do SUS, as Conferências e Conselhos de Saúde pouca influência têm na elaboração e na execução dos orçamentos.

Programação pactuada e integrada

Em muitos casos, o paradigma consequencialista manifesta-se na discussão de casos em que a execução da política pública é deficiente, não atendendo às necessidades do usuário em prazo razoável. Nas demandas individuais, é frequente que o Estado ou o Município, quando figuram como réus, invoquem aplicação de regras de equidade pedindo que a decisão judicial respeite os critérios para a formação da fila para atendimento.

O ideal seria a inexistência de fila, com oferta superior à demanda. Na prática, é

²⁶⁰ LIMA LOPES, 2011, p. 167.

frequente que a demanda supere a possibilidade de atendimento imediato e concomitante de todos os usuários, provocando a formação de filas. A reiterada ocorrência de situações assim faz com que seja frequente, e até excessiva, a alegação de que a demanda individual prejudica o interesse coletivo porque fura a fila, violando regras de equidade.

Um caso interessante, ocorrido na cidade de Contagem-MG, na região metropolitana de Belo Horizonte, suscitou a discussão sobre a necessidade de respeito à fila de atendimento em uma situação de confronto entre interesses de dois grupos de usuários. No caso, o interesse dos usuários de Contagem, em oposição aos interesses dos demais usuários da região metropolitana de Belo Horizonte que demandavam a realização de exames de medicina nuclear, tais como cintilografia, linfocintilografia e dose de iodo radioativo, etc. Trata-se do Processo n.º 1.0079.08.443521-7/006, da Comarca de Contagem, julgado pela 3ª Câmara Cível do TJMG em 10.11.2011.

Para entender o caso, é necessário conhecer o funcionamento do instituto denominado Programação Pactuada e Integrada (PPI), utilizado pelo SUS para organizar o atendimento das necessidades do usuário em escala regional. Os serviços de saúde são organizados de forma hierarquizada e nem todos os Municípios contam com instituições de saúde aptas a suprir todas as necessidades do usuário. Na verdade, a situação é oposta: pouquíssimos Municípios brasileiros contam com serviços especializados de atenção à saúde. Assim, quando o usuário demanda maior complexidade de atenção, dá-se o seu encaminhamento a outro Município no qual o serviço necessário esteja disponível.

Os serviços são organizados por regiões e se distribuem, conforme as necessidades de saúde, pelos vários Municípios. Em Minas Gerais, o Estado foi dividido em treze macrorregiões de saúde, que por sua vez se dividem em microrregiões. Aquilo que não pode ser atendido no Município deve ser resolvido na microrregião. Se a microrregião não possui recursos, o caso é referenciado para a macrorregião. Por meio da PPI, os gestores de saúde organizam os fluxos do serviço, por região, atendendo às necessidades dos usuários, conhecidas por meio dos dados epidemiológicos e pela série histórica da demanda correspondente a cada serviço.

No sistema brasileiro, o custeio é realizado por meio de transferências do fundo nacional para os fundos estaduais e municipais de saúde, no processo conhecido como “transferências fundo-a-fundo”. O valor distribuído a cada Município corresponde ao número de habitantes, ou seja, multiplica-se o valor unitário *per capita* pelo total de habitantes para se chegar ao orçamento disponível para cada unidade federativa. Esse valor é gerido pelo gestor municipal, que fará a compra dos serviços, de prestadores públicos e privados, conforme as

necessidades dos usuários residentes em seu território.

A PPI é necessária para que seja previamente planejada a distribuição dos recursos de forma coordenada com a compra dos serviços. Assim, como a maioria dos Municípios não possui instituições aptas a prestar serviços de média e alta complexidade, o valor destinado à compra desses serviços é encaminhado diretamente ao gestor do Município que vende os serviços, para pagamento direto ao fornecedor. Assim, no momento em que o Município de Contagem, no nosso exemplo, pactuou com o Município de Belo Horizonte a compra de serviços de medicina nuclear, o valor correspondente ao custeio desses procedimentos passou a ser entregue ao gestor municipal de Belo Horizonte, para a compra desses serviços, e o gestor de Contagem passou a ter um crédito em serviços a serem prestados no Município de Belo Horizonte aos usuários de Contagem.

No processo julgado pela 3ª Câmara Cível do TJMG, o Ministério Público propôs ação civil pública pedindo a oferta regular dos serviços de medicina nuclear aos usuários de Contagem, que vinham permanecendo por períodos superiores a um ano em fila de espera, sem atendimento. Conforme a manifestação do procurador de justiça Luiz Carlos Telles de Castro, que acompanhou o feito no Tribunal, foi pactuada a realização de 506 exames de medicina nuclear por ano para a região de Contagem, Sarzedo e Ibirité, mas o Município de Belo Horizonte, embora previamente remunerado para executar referidas ações de assistência, não vinha atendendo à demanda referenciada.

[o Município de Contagem] não utilizou todas as quotas destinadas à região, ficando mesmo em um ano em apenas 37% do pactuado. Ressalta-se que o Município [de Belo Horizonte] recebe financiamento do Estado em virtude da referida quota. Em suma, a plausibilidade das alegações – de fato e de direito – está devidamente evidenciada na narrativa estampada na petição inicial, bem como na documentação acostada, que aponta vultosa “demanda reprimida” e sofrida espera dos munícipes pelos tratamentos de que necessitam.

A inadimplência do Município de Belo Horizonte conduz à emissão de juízos orientados pelo consequencialismo: as consequências da omissão do prestador quanto às necessidades e direitos dos usuários de Contagem, por um lado, e o impacto do deferimento da medida em relação às necessidades dos usuários dos demais Municípios da macrorregião, também dependentes dos serviços de medicina nuclear instalados em Belo Horizonte e, tal como Contagem, credores daquele Município, por força de compromisso assumido na PPI.

A sentença foi favorável e determinou o atendimento das necessidades dos usuários de Contagem, impondo ao Município a obrigação de providenciar para todos os seus habitantes crianças, adolescentes e idosos a realização dos exames de medicina nuclear, no prazo de 24

horas contados a partir da solicitação médica em que restar atestada a urgência ou emergência, e no prazo máximo de 60 dias para os casos em que não restar atestada a urgência e emergência, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, para cada dia de atraso, por paciente. No voto condutor, que confirmou referida sentença, o desembargador Kildare Carvalho priorizou o interesse coletivo e afastou a tese que invocava limites orçamentários.

Neste contexto, e diante da situação ora examinada, não se pode permitir que o requerido proteja o tratamento de crianças, adolescentes e idosos, indeferindo pedidos de realização de exames de medicina nuclear de forma a impor seu padecimento ou a deterioração de sua saúde. A alegada impossibilidade de realização do referido exame pelo SUS por falta de verba orçamentária, neste contexto, não pode servir de argumento para que o ente público não assuma a sua responsabilidade. Portanto, a necessidade do referido exame e a gravidade da doença dos cidadãos ora envolvidos não podem ficar ao alvedrio de burocracias, impondo assim a confirmação da sentença.

No mesmo julgamento, em voto vencido, também com fundamento consequencialista, no sentido oposto, a desembargadora Albergaria Costa ponderou em defesa dos demais usuários, também dependentes dos serviços prestados no Município de Belo Horizonte.

No mérito, embora entenda plausível a demanda proposta pelo Ministério Público, tenho que não há de fato qualquer recusa em proceder aos exames de medicina nuclear. Acontece que tais exames são realizados em Belo Horizonte, através da Programação Pactuada e Integrada - PPI Assistencial, dispondo o Município de Contagem de uma cota mensal de encaminhamento. O que ocorre de fato é que o Município de Belo Horizonte não atende apenas os seus munícipes, mas também outros advindos das cidades circunscritas à microrregião, dentre elas Contagem. Assim, é inevitável a formação de fila de espera, fato este impugnado pelo Ministério Público, de forma a atender todos aqueles que necessitam do serviço. Não se está aqui negando o direito à saúde aos cidadãos de Contagem, mas não se pode olvidar das políticas públicas, da escassez de recursos e, inclusive, do princípio da isonomia, pois determinar que todos os munícipes de Contagem realizem os exames de medicina nuclear, sem observar a fila de espera, prejudica, ainda que indiretamente, outros indivíduos que igualmente aguardam a realização dos exames, dentre eles os de urgência e emergência que igualmente aguardam o atendimento de outros em prioridade.

Nota-se, portanto, que tanto o desembargador relator quanto a desembargadora vogal, embora com posições divergentes, assentaram seus votos no paradigma consequencialista, manifestando preocupação com o interesse coletivo. A PPI, conquanto seja um mecanismo bem desenhado, que vem funcionando com sucesso em todo o Brasil, nem sempre é fielmente executada pelo Município fornecedor, causando prejuízo ao usuário devido à omissão do Município comprador. Um dos temas discutidos neste processo foi a necessidade, ou não, da inclusão do Município de Belo Horizonte no polo passivo. A condenação do Município de Contagem, sem inclusão no processo do Município fornecedor do serviço, atende à necessidade do usuário que, por força do princípio da descentralização, deve exigir do ente

estatal de maior proximidade a realização de seus direitos. Ou seja, ainda que o serviço seja prestado por um fornecedor que está em Belo Horizonte, subordinado ao gestor municipal deste Município, a responsabilidade perante o cidadão será sempre do gestor do local de sua residência.

Os limites do poder político, econômico e cognoscitivo

A objeção ao ativismo judicial é matéria frequente nos processos judiciais que têm o interesse coletivo como objeto. Como consequência, o discurso alinhado com o paradigma do estado de direito constitucional é facilmente encontrado, nas decisões judiciais e nas manifestações do Ministério Público, atendendo à necessidade de justificar intervenções cujos objetivos permeiam necessidades de limitação do poder, respeito à Constituição e aos direitos fundamentais.

A compreensão de que a omissão do Poder Executivo, na formulação e na implementação de garantias aos direitos fundamentais, justifica a intervenção judicial está assentada nos tribunais brasileiros. Falta, porém, maior intervenção em relação às causas da persistente violação dos objetivos da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a supressão dos preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Falta maior atenção ao contexto em que se verificam as omissões, para que a tutela judicial coletiva produza efeitos duradouros, que beneficiem a todos.

No modelo proposto por Ricardo Luís Lorenzetti, o paradigma do estado de direito constitucional apresenta, como eixo central, a visão do direito como “um limite ao poder, público e privado, seja este de natureza política, econômica ou cognoscitiva”²⁶¹. No centro da macronarrativa, a ideia do Estado subordinado ao império da lei (expressão da vontade geral), a separação de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e a proteção dos direitos humanos.

Por essa perspectiva, o conhecido juízo emitido pelo ministro Celso de Mello no julgamento da Pet n.º 1.246-SC, posteriormente reproduzido nos julgados subsequentes que trataram do tema, impõe limite à atuação discricionária do Estado em matéria de saúde com fundamento no direito fundamental. No julgamento do RE n.º 393175/RS, o voto menciona

²⁶¹ LORENZETTI, 2011, P. 322.

expressamente a saúde humana como objeto do direito tutelado.

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. (Trecho do voto do ministro Celso de Mello no julgamento do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n.º 393.175-0 / RS, DJ 02.02.2007)

A mesma orientação se identifica na posição do STJ que define o limite da atividade administrativa a partir dos direitos fundamentais.

Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. (Trecho do voto do ministro Humberto Martins no julgamento do AgRg no REsp n.º 1.136.549/RS, DJe 21/06/2010)

Os Tribunais estaduais seguem a orientação superior, invocando os direitos fundamentais, o império da lei e a supremacia da Constituição para estabelecer limites ao poder político. A posição, embora cotidianamente questionada e violada pelo Poder Executivo, nas várias esferas de governo, tem sido reiterada, consolidando-se o paradigma do estado de direito onstitucional.

Há, todavia, importantes lacunas a serem preenchidas para a concretização do modelo ideal. A limitação do poder político constitui apenas um dos aspectos do paradigma, cuja implementação pressupõe também a limitação a outras formas de poder, a descentralização das decisões e o fortalecimento da participação da sociedade civil. Por outra via, Lorenzetti acentua o poder cognoscitivo, definido por ele como sendo aquele decorrente “de certas formas de saber, conhecimento e informação: os cientistas, os profissionais”²⁶². O tema foi tratado na discussão do paradigma do acesso aos bens, com o reconhecimento da existência do “umbral epistemológico”, consistente em esquemas mentais que naturalizam a desigualdade. A conclusão de que a visibilização da exclusão social conduz ao debate sobre as instituições jurídicas, “os interesses que as sustentam e a possibilidade de aplicação real a toda a sociedade” vale para o paradigma do estado de direito constitucional na medida em que a limitação ao abuso do poder cognoscitivo deve estar mais presente na pauta do acesso aos direitos, à justiça e aos bens.

²⁶² LORENZETTI, 2011, p. 330.

A soma do poder econômico com o poder cognoscitivo resulta igualmente na ampliação do imperialismo cultural como forma de opressão e controle. As tecnologias de informática, associadas à telecomunicação, constituem a base da economia globalizada e se revelam como um novo poder, cuja limitação se apresenta bastante difícil. Milton Santos identifica na íntima relação entre o poder econômico e o poder cognoscitivo a emergência “de uma dupla tirania, a do dinheiro e a da informação”, que fornecem as bases do sistema ideológico que influencia as pessoas e legitima as ações que dão suporte à violência estrutural que se manifesta na forma de agir “dos Estados, das empresas e dos indivíduos”²⁶³.

O que é transmitido à maioria da humanidade é, de fato, uma informação manipulada que, em vez de esclarecer, confunde. Isso tanto é mais grave porque, nas condições atuais da vida econômica e social, a informação constitui um dado essencial e imprescindível. Mas, na medida em que o que chega às pessoas, como também às empresas e instituições hegemônicas, é, já o resultado de uma manipulação, tal informação se apresenta como ideologia. O fato de que, no mundo de hoje, o discurso antecede quase obrigatoriamente uma parte substancial das ações humanas – sejam elas a técnica, a produção, o consumo, o poder – explica o porquê da presença generalizada do ideológico em todos esses pontos. Não é de estranhar, pois, que realidade e ideologia se confundam na apreciação do homem comum, sobretudo porque a ideologia se insere nos objetos e apresenta-se como coisa.²⁶⁴

É certo que o Estado de direito desenvolve-se como reação ao poder absoluto do soberano medieval, circunstância histórica que ainda hoje influencia muito o pensamento jurídico. As construções de Hobbes, Locke e Rousseau desembocam no “contrato social”, que, além de representar a vontade de “cidadãos livres”, propõe-se a estabelecer limites ao poder. E este é o ponto mais importante: a lei como limite ao arbítrio.

Nesse sentido, sem prejuízo do reconhecimento dos limites aos poderes do Estado nacional, o grande desafio que se coloca é a imposição de limites ao poder econômico. Desde o final do século XX, os Estados nacionais apresentam-se cada vez mais enfraquecidos em face do processo econômico de globalização. O agigantamento de empresas transnacionais, aliado ao progresso técnico, especialmente na área de informações e telecomunicações, criou um novo leviatã, de mãos invisíveis, que subtrai a soberania dos Estados. Milton Santos observa que a competição, elevada a valor, aniquila a solidariedade do Estado e o altruísmo da empresa.

A política agora é feita no mercado. Só que esse mercado global não existe como ator, mas como uma ideologia, um símbolo. Os atores são as empresas globais, que não têm preocupações éticas, nem finalísticas. Dir-se-á que, no mundo da competitividade, ou se é cada vez mais individualista, ou se desaparece. Então, a

²⁶³ SANTOS, M. 2011., p. 27.

²⁶⁴ SANTOS, M, 2011, p. 29.

própria lógica de sobrevivência da empresa global sugere que funcione sem nenhum altruísmo. Mas se o Estado não pode ser solidário e a empresa não pode ser altruísta, a sociedade como um todo não tem quem a valha.²⁶⁵

O modelo do estado de direito constitucional promete garantir a realização dos direitos humanos por meio do império da lei. Se não o faz, por força da racionalidade econômica, que impõe o individualismo em prejuízo da solidariedade, é preciso “inventar” novas metodologias de ação social que sejam capazes de impor limites ao poder econômico. Lorenzetti aponta importantes instrumentos jurídicos, que merecem aperfeiçoamento, mas não deixa de enfatizar a necessidade de descentralização e fortalecimento da sociedade civil.

O limite do poder privado está dado por ações concedidas aos cidadãos de efeito horizontal. Os exemplos são numerosos: o princípio da prevenção e da precaução em matéria ambiental, a abusividade das cláusulas na contratação de consumo, a boa-fé e o abuso do direito em contratos privados, o dever de informação, e em geral os deveres colaterais que limitam o poderio de um dos contratantes frente ao outro.²⁶⁶

Nas ações coletivas que discutem o direito à saúde, tanto quanto nas demandas ambientais, na proteção do consumidor e em muitos outros campos nos quais se enfrenta a danosidade coletiva, é fácil identificar o poder econômico como elemento comum, como causa do dano, apresentando-se muitas vezes imune à tentativa de limitação legal, e judicial, valendo-se de práticas que, gradualmente, começam a ser reconhecidas como contrárias à lei.

Noutra vertente, o paradigma do estado de direito constitucional pressupõe participação ativa da sociedade civil. Também em relação a este ponto se nota pouca atenção do Poder Judiciário e principalmente dos órgãos do Ministério Público aos movimentos sociais, à participação popular, à “voz das ruas”. A leitura do inteiro teor das decisões judiciais proferidas em demandas coletivas revela raríssimas menções à mobilização popular, promoção de campanhas e abaixo-assinados, debates, reuniões e audiências públicas. E, se as decisões não mencionam, não é por omissão do Judiciário. A responsabilidade pelo esquecimento do protagonista – a coletividade – nas ações coletivas deve ser atribuída a quem reúne os elementos de convicção que serão levados à apreciação judicial.

A grave omissão verificada nas petições e arrazoados não passou despercebida às lideranças institucionais. Em Minas Gerais, o *XI Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais*, realizado em Ouro Preto no período de 3 a 5 de setembro de 2014, teve como tema central *A voz das ruas e a atuação do Ministério Público: perspectivas e desafios*.

²⁶⁵ SANTOS, M., 2011, p. 50.

²⁶⁶ LORENZETTI, 2011, p. 322.

No plano nacional, os congressos realizados pela Confederação Nacional do Ministério Público reiteradamente convocaram os promotores de justiça para refletir sobre a cidadania: *Transformando a sociedade no ano 2000* (Goiânia-GO, 1996); *Ministério Público e democracia* (Fortaleza-CE, 1998); *O Ministério Público social* (Curitiba-PR, 1999); *Ministério Público e cidadania plena* (Recife-PE, 2001); *Ministério Público e a paz social* (Gramado-RS, 2003); *Ministério Público e justiça social: em defesa da ética e dos direitos humanos* (Belo Horizonte-MG, 2005); *Amazônia, direitos humanos e sustentabilidade* (Belém-PA, 2011).

No plano conceitual, independentemente da posição constitucional do Ministério Público no Poder Executivo, no Poder Judiciário, ou como instituição autônoma, o promotor de justiça Marcelo Pedroso Goulart entende, em oposição aos modelos hegemônicos, que a instituição se situa na sociedade civil. Vale-se, para chegar a tal conclusão, da teoria do Estado ampliado esboçada por Antonio Gramsci, que divide o Estado em sociedade política (aparelhos coercitivos, burocracias civil e militar ligadas à aplicação da lei) e sociedade civil (conjunto de organizações autônomas responsáveis pela representação dos interesses dos grupos sociais e pela elaboração e difusão de concepções de mundo – valores simbólicos, ideologias)²⁶⁷.

O estudo da história do Ministério Público revela que, na sua origem, essa Instituição, cumprindo o papel de agente da Coroa, exerceu a coerção, por meio da lei, para garantir a prevalência dos interesses dos reis nos processos jurisdicionais. Continuou a cumprir essa função nos primórdios das monarquias parlamentares e dos regimes republicanos não mais em nome do rei, mas em nome da Administração, ou seja, dos grupos sociais detentores dos aparelhos burocráticos do Estado. Com o avanço da cidadania e o aprofundamento da democracia, perde, pouco a pouco, as atribuições de representação da Administração, ganha autonomia, para assumir, finalmente, a defesa dos interesses da sociedade, sob a égide dos valores e princípios democráticos.²⁶⁸

A anuência à tese de Marcelo Pedroso Goulart pressupõe, em princípio, a adesão ao modelo de Estado ampliado e o consequente rompimento com a visão hegemônica que trabalha a partir da dicotomia Estado-sociedade civil. Pode-se, porém, extrair importantes conclusões da proposta, sem a necessidade de aderir completamente ao modelo gramsciano. Conforme se deduz da temática adotada pelos congressos nacionais do Ministério Público realizados nos últimos vinte anos, a instituição tem consciência de seu papel em relação à democracia, aos direitos humanos e à participação da coletividade nos processos decisórios.

²⁶⁷ GOULART, 2013, p. 11.

²⁶⁸ GOULART, 2013, p. 82.

Em um processo simplista, negar a vinculação do Ministério Público à sociedade política e colocá-lo junto à sociedade civil faz sentido quando se observa a captura daquela pelo poder econômico, com a adoção de medidas que subtraem direitos sociais conquistados e perpetuam processos de exploração do trabalhador, do consumidor e da natureza. Assim, à medida que cresce a atuação institucional em prol de interesses difusos e coletivos, contra o poder econômico, a vinculação à sociedade civil se torna cada vez mais efetiva, no plano concreto.

O exemplo aqui adotado é o Ministério Público porque se trata da instituição responsável pela autoria da maior parte das demandas judiciais que tratam de direitos difusos e coletivos no Brasil. Daí ser relevante identificar sua posição relativa, no quadro geral das instituições. A reflexão vale para outros atores e instituições, ou, por outra via, para tornar visível a vinculação entre a tutela de interesses difusos e coletivos. A tutela de direitos humanos, especialmente dos direitos sociais, pressupõe confronto permanente com o poder econômico e com os setores da atividade do Estado capturados por ele.

O tema merece, ainda, outras importantes considerações. Entre estas, destaca-se a própria definição de sociedade civil. Bobbio identifica, ao longo da história, uma série de usos para a expressão. A doutrina jusnaturalista, que contrapõe “sociedade natural” e “sociedade civil”, utiliza a expressão como sinônimo de “sociedade política”; pela mesma época, teólogos canonistas e escritores de direito eclesiásticos distinguem entre “sociedade civil” e “sociedade religiosa”. Mais adiante, na tentativa de justificar processos de colonização, a sociedade dos povos primitivos é oposta à sociedade “civilizada”. Hegel situava a sociedade civil em posição intermediária, entre a família (grupo natural) e o Estado, identificando sua origem na dissolução da família, decorrente do surgimento de relações econômicas antagônicas. Mais adiante, Marx identifica a sociedade civil com a esfera das relações econômicas, de forma que o que para os jusnaturalistas seria a sociedade natural, para Marx é a própria sociedade civil.

Pelo exposto, verificamos que, ao final deste processo de mudança, ou melhor, de desvios de significados, Sociedade civil acabou por ter um significado oposto àquele que tinha no início do processo. Em outras palavras, na grande dicotomia “sociedade-Estado”, própria de toda a filosofia política moderna, Sociedade civil representa, ao princípio, o segundo momento e, ao fim, o primeiro, embora sem mudar substancialmente o seu significado: com efeito, tanto a “sociedade natural” dos jusnaturalistas, quanto a “Sociedade civil” de Marx, indicam a esfera das relações econômicas intersubjetivas de indivíduo a indivíduo, ambos independentes, abstratamente iguais, contraposta à esfera das relações políticas que são relações de domínio. Em outras palavras, a esfera dos “privados” (no sentido em que “privado” é um outro sinônimo de “civil” em expressões como “direito privado” que equivale

a “direito civil”) se contrapõe à esfera do público.²⁶⁹

A grande mudança na concepção de sociedade civil se dá com a proposta de Antonio Gramsci, que a retira da base, ou seja, das relações materiais e econômicas, para situá-la na superestrutura. O autor italiano se pauta pela noção de hegemonia e entende que, ao lado do aparato de coerção – a sociedade política – figura também, na superestrutura, todo um aparato de relações ideológico-culturais, que se reproduz nas instituições, nos jornais, nas escolas, etc., o qual denomina sociedade civil.

Até aqui, a definição de sociedade civil, conquanto apresente evolução correspondente aos vários momentos históricos e correntes de pensamento, ostenta o vício característico do pensamento moderno: reducionismo. A dicotomia Estado-sociedade civil destaca um dos elementos da realidade, em prejuízo dos demais, causando a falsa aparência de que a parte constitui o todo.

Boaventura Sousa Santos menciona “as várias sociedades civis” e apresenta uma proposta intermediária entre a dicotomia Estado-sociedade civil e a dispersão crítica de Michel Foucault, que, se por um lado chama a atenção para a multiplicidade de forma de poder social, “não permite determinar a especificidade de cada uma delas nem a hierarquia entre elas”²⁷⁰. Observa que a concepção liberal clássica (pluralidade atomística de interesses econômicos privados) difere da concepção que chama de “pós-burquesa” e antimaterialista (movimentos sociais: ecológicos, antinucleares, pacifistas, feministas), e da sociedade civil socialista. Assim, visando à superação da tradicional dicotomia, propõe que as sociedades capitalistas são constituídas por quatro modos básicos de produção de poder: o espaço doméstico, o espaço da produção, o espaço da cidadania e o espaço mundial.

Cada um deles constitui um feixe de relações sociais paradigmáticas. Não são obviamente os únicos espaços-tempo que vigoram ou circulam na sociedade mas todos os demais representam, no essencial, combinações diversas entre os quatro conjuntos de relações sociais paradigmáticas. Cada espaço estrutural é um fenômeno complexo, constituído por cinco componentes elementares: uma unidade de prática social, uma forma institucional privilegiada, um mecanismo de poder, uma forma de direito e um modo de racionalidade.²⁷¹

Sem a necessidade de maior digressão em relação a cada um desses espaços, a proposta do diretor do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, tanto quanto as observações de Michel Foucault em relação à pluralidade de poderes, apontam para a

²⁶⁹ BOBBIO, 1998, p. 1209.

²⁷⁰ SANTOS, 1997, p. 125.

²⁷¹ SANTOS, 1997, p. 126.

necessidade de superação do pensamento moderno e sua forma reducionista.

A dicotomia Estado-sociedade civil – expressa, sobretudo, no discurso contrário aos direitos sociais, que pugna pelo “Estado mínimo” – oculta as contradições e conflitos de interesses que se abrigam sob o rótulo de “sociedade civil”. O interesse das empresas não coincide com o interesse das famílias e dos indivíduos. Associações de empresas, tais como sindicatos e federações de indústrias, de bancos e de estabelecimentos varejistas, atuam a partir de uma lógica completamente diferente daquela que orienta grupos feministas, ambientalistas, étnicos, consumeristas, de defesa dos interesses de crianças, adolescentes, idosos, portadores de deficiência, índios, quilombolas, etc.

O reducionismo perverte os objetivos quando mistura, sob o mesmo rótulo, realidades completamente diferentes. É plausível que, nessas situações, o discurso das associações empresariais, por força de seu maior poder econômico e cognoscitivo, prepondere sobre os discursos dos movimentos sociais e os interesses do cidadão.

Em matéria de saúde, no Brasil, é certo que a Constituição diz que “saúde é direito de todos e dever do Estado”, induzindo o raciocínio viciado pela modernidade ao reducionismo Estado-sociedade civil. Basta, porém, avançar um pouco na leitura do texto constitucional para que se identifiquem outros actantes. Os artigos 197 e 199 introduzem a figura do prestador privado (empresa); o art. 199 destaca a participação da comunidade e de instituições filantrópicas, mencionando ainda, com a finalidade de excluir, o capital estrangeiro. O Ministério Público, embora não figure no palco da seção que cuida “Da Saúde”, sustenta a cena-coro dos “serviços de relevância pública”, expressão chave dos artigos 129, II, e 197 da Constituição Brasileira.

Assim, em interpretação sistemática, o próprio texto constitucional distingue Estado, coletividade de usuários/comunidade, prestadores públicos, prestadores privados, instituições filantrópicas, capital estrangeiro e Ministério Público. Depois, a Lei n.º 8142/1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, prescreve que pelo menos a metade dos membros do Conselho de Saúde seja composta por usuários (art. 1º, II, § 4º).

A proposta de tutela da saúde a partir dos elementos materiais que configuram o respectivo direito contribui para que se evite a confusão. Fugindo do reducionismo Estado-sociedade civil e conjugando a compreensão conceitual das instituições, suas narrativas e valores, com a investigação concreta das práticas sociais, das forças produtivas e das relações sociais de produção, identificando abusos de poder e fixando novos limites.

Da mesma forma que ocorreu nas grandes revoluções que estabeleceram limites ao poder absoluto dos reis, é hora de inventar limites aos novos poderes, fortalecendo os

contrapoderes e resgatando a humanidade consistente no pleno desenvolvimento da capacidade que todos temos de fazer e desfazer mundos. Entre outras, ações que fortalecem os mecanismos de controle social – os Conselhos de Saúde, as Conferências de Saúde, orçamento participativo, fundo municipal de saúde, plano municipal de saúde, Mediação Sanitária – são todas orientadas para o fortalecimento do paradigma do estado de direito constitucional.

Requisição administrativa de medicamentos

Se é verdade que a maior parte das decisões que deferem pedidos contra o Estado e o Município impõem limites à ação administrativa com fundamento na necessidade de respeito aos direitos humanos, sendo rara a utilização de semelhante força contra os fornecedores privados, não se pode negar que a evolução da tutela do direito à saúde tem gerado situações que propiciam avanços significativos nesse campo.

Exemplo que merece estudo, reflexão e debate é a ação movida pelo Estado de Minas Gerais em face do Laboratório Gross S/A, que se recusava a fornecer seus produtos para o atendimento das necessidades dos usuários do SUS. A ação, que recebeu o n.º 1.0000.15.035968-5/001, pede que o fornecedor privado seja obrigado a “efetuar prontamente a venda” dos medicamentos que produz e distribui, observado o Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG), com a incidência do desconto/redutor de preço denominado Coeficiente de Adequação de Preços (CAP), em todas as hipóteses previstas nos atos normativos da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), sempre que solicitados pela Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais, sob pena de multa.

Conforme a petição apresentada pelo ente público, a necessidade da compra dos referidos medicamentos visava ao cumprimento de diversas ordens judiciais veiculadas em decisões que impuseram ao Estado a obrigação de fornecer aqueles medicamentos a usuários do SUS. Visando cumprir as ordens judiciais, foram realizados procedimentos licitatórios, observados o PMVG e os atos normativos e orientadores da CMED, mas todos os pregões foram desertos.

Constatou-se que o Laboratório Gross S/A, responsável pela fabricação e consequente comercialização de tais medicamentos, ao se recusar a participar das licitações e, por via oblíqua, a fornecer os fármacos pretendidos, ocasionou o desabastecimento desses no estoque do Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde (NAJS), impossibilitando o cumprimento de qualquer comando judicial e gerando prejuízos aos cidadãos e risco iminente de dano ao erário, com aplicações de multa e bloqueios em contas do Estado.

Em primeira instância, a antecipação de tutela foi negada, sob o argumento de que “o requerido é pessoa jurídica de direito privado” e não pode ser obrigado a contratar ou a participar de licitações. Com o recurso de agravo, interposto pelo Estado, o desembargador Renato Dresch inverteu a situação, concedendo a liminar requerida pelo Estado com fundamento no art. 15, XIII, da Lei n.º 8.080/1990, que institui a Requisição Administrativa para atendimento de situações de risco iminente à saúde:

Nos casos de necessidade de compras de medicamentos por força de decisão judicial, se inexigível a licitação e inviável a contratação direta pelo Poder Público, em virtude da recusa ou desinteresse injustificado da empresa em contratar com o Estado, revela-se cabível a intervenção estatal, através da Requisição Administrativa, de modo a tornar efetiva a determinação judicial. O Legislador Ordinário, ciente da importância do papel da saúde pública na sociedade e prevendo eventuais situações de perigo à saúde da população, já previu no corpo da Lei nº 8.080/90, nominada de Lei Orgânica da Saúde, o instituto da Requisição Administrativa, em seu art. 15, XIII, [...]

A decisão liminar assentou ainda que, por força do dever constitucional de garantir acesso à saúde, o órgão regulador fixou percentual de desconto obrigatório e linear nas vendas de determinados medicamentos ao Poder Público, o chamado Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), previsto na Resolução n.º 4, de 18.12.2006, da CMED, e que opera como fator de ajuste de preços, incidindo sobre o Preço Fábrica/Preço Fabricante (PF), que corresponde ao valor máximo pelo qual o laboratório ou o distribuidor poderá comercializar os medicamentos com as empresas varejistas e o Poder Público (salvo nos medicamentos sujeitos à incidência do CAP).

Um aspecto interessante é o confronto entre os fundamentos das duas decisões. A primeira, assentada em perigosa inversão de valores, disse que o laboratório, por ser pessoa jurídica de direito privado, não poderia ser obrigado a fornecer o medicamento ao Estado, para atendimento dos enfermos que dele necessitam. Em outras palavras, desconsiderou-se a função social da propriedade e a função social do contrato. O medicamento é um bem de consumo social, que merece tratamento diferenciado em face de sua especial utilidade. A decisão recorrida, embora não tenha se pronunciado sobre as características do bem visado, banaliza o medicamento, tratando-o como algo que se sujeita às leis do mercado.

Conquanto tenha destacado a aplicação do instituto da Requisição Administrativa, deixando clara a imposição de limitação ao poder econômico privado, a questão se resolve, por outra via, apenas com a aplicação de dispositivos do Código do Consumidor, que contém instrumentos para coibir as práticas abusivas. Se a nenhum fornecedor é permitido discriminar consumidores, negando-se a fornecer produtos ou serviços, impecável deve ser a conduta das

empresas que lidam com bens de consumo social – medicamentos, água, alimentos – tudo aquilo que é indispensável à vida digna.

II.2.3 Planeta saudável: critério de valor para o processo cultural

O maior desafio para a implementação do direito coletivo diz respeito ao paradigma ambiental. De forma ampla e dinâmica, o antropocentrismo que prepondera no sistema jurídico é colocado à prova pelo novo paradigma que subverte a noção de relação jurídica ao retirar o protagonismo da “pessoa” como sujeito de direito e, como consequência, afeta igualmente a noção de objeto na medida em que a natureza deixa de enquadrar-se nessa posição. Em relação à saúde, ou ao direito à saúde, a saúde humana se equipara à saúde do rio, à saúde da montanha, à saúde da cidade, à saúde do planeta. A noção de direito subjetivo, fundada na visão antropocêntrica, que somente admite a pessoa como sujeito de direito, é substituída por uma visão não antropocêntrica, que rompe com a separação homem-natureza e, como consequência, com a separação sujeito-objeto.

Não se trata, vale recordar, do conjunto de conhecimentos que se reúnem para formar a disciplina jurídica denominada “direito ambiental”. O paradigma ambiental é identificado a partir da constatação de que o planeta está doente, com grave ameaça às espécies vivas – muitas já extintas, outras em processo de extinção –, e que as rápidas mudanças climáticas exigem resposta no plano epistemológico e no plano fático. Tudo isso afeta o sistema jurídico por inteiro – o direito público e o direito privado –, redimensionando institutos como a sustentabilidade, a função social, a precaução e a prevenção. As políticas públicas todas são agora condicionadas também pelo impacto ambiental que produzem; a propriedade e o contrato têm seus limites revistos, por força das externalidades que afetam o meio ambiente; a responsabilidade civil se renova, sob princípios determinados pela ampliação dos riscos.

O paradigma ambiental é um modo de perceber a realidade que adota a perspectiva não antropocêntrica. O tema foi estudado, no Brasil, pelo ministro Antonio Herman Benjamin, que classificou as várias posições doutrinárias em três grupos: antropocentrismo, antropocentrismo intergeracional e não antropocentrismo. A crença em uma linha divisória entre a humanidade e o resto da natureza, com a visão hierarquizada que coloca a natureza-não-humana a serviço dos homens, caracteriza o antropocentrismo. Depois, em posição intermediária, sem admitir que a natureza possa figurar como titular de direitos, arrolam-se doutrinas nas quais o reconhecimento de obrigações do presente para com os seres humanos do futuro mitiga o extremismo da visão anterior. As posições mais avançadas

correspondem ao não antropocentrismo, que apresenta várias correntes: biocentrismo (não agressão à vida, nas suas variadas formas), ecocentrismo ou holismo (equipara homem e natureza) e ecofeminismo (a dominação da natureza é apenas uma das muitas manifestações da opressão machista), entre outras.

Para fins didáticos, poderíamos, no campo jurídico, representar os paradigmas do antropocentrismo (puro ou mitigado) e do não-antropocentrismo em um linha reta, delimitada, nas pontas, por dois pontos finais, constituídos por duas visões jurídicas antagônicas da natureza: a natureza-objeto e a natureza-sujeito; uma, profundamente utilitarista e antropocêntrica, baseada na separação (e oposição) rígida homem-natureza; outra, mais aberta, propondo uma releitura da relação ser humano-mundo natural, estimulando-se, para tanto, uma reorganização dogmática no campo da Teoria Geral do Direito, que termina por afetar as noções usuais (e estreitas) de direito e interesse.²⁷²

Entre os dois extremos – antropocentrismo e não antropocentrismo –, o estudo mostra que a legislação brasileira apresenta “incursões não antropocêntricas” desde a década de 1930, quando o Decreto n.º 24.645, de 10.07.1934, definiu medidas de proteção aos animais; autonomizou e descoisificou o meio ambiente na Lei n.º 6.938/1981, ao defini-lo como o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”²⁷³.

Embora a base da teoria geral do direito esteja ancorada na Parte Geral do Código Civil, que configura a relação jurídica a partir das noções de pessoa (sujeito), objeto (bem) e respectivos vínculos, a emergência do sistema de tutela coletiva equipara direitos e interesses e, conquanto não tenha chegado a romper expressamente com as concepções restritas de pessoa natural e pessoa jurídica, amplia o rol de entes despersonalizados ao proteger um sujeito “indeterminado”, forjado por “circunstância de fato”. Em outras palavras, quando se trata de interesses ou direitos difusos, o sujeito não é uma pessoa determinada, sua identificação decorre da circunstância de fato que causa o dano: o dano ao rio, o dano ao aquífero, o dano à qualidade do ar, etc. Ainda que o vício antropocêntrico procure identificar uma “coletividade” por trás desse dano, o fato é que se pode concluir que o meio ambiente é o sujeito da tutela.

O sistema construído em torno da noção de direito subjetivo entra em crise quando se adota uma visão holística, que supera as dicotomias decorrentes da perspectiva individualista. Não “estamos” no entorno, diz Herrera Flores, “somos” o entorno – o imaginário que é capaz de superar a separação imposta por uma cultura ancorada na intenção de dominar e explorar a

²⁷² BENJAMIN, 2001, p. 165.

²⁷³ BENJAMIN, 2001, p. 150.

natureza, substituindo-a por uma cultura ambiental que, embora empenhada em conhecer os processos naturais, busca ir além disso, esforçando-se por compreender a relação recíproca de influências entre o ser humano e o ambiente.

Desde nuestra hipótesis, le damos mucha más importancia a una cultura ambiental; es decir, a una actitud ante los procesos sociales y naturales preocupada, no sólo por la exigencia, de veras ineludible – aún más en nuestros días – de comprender y reproducir las interrelaciones naturales entre plantas, geografía y recursos, sino también en explicar, intervenir e interpretar la interrelación ser humano/mundo físico – lo que en páginas anteriores, hemos denominado “entorno” –. O, lo que es lo mismo, un proceso cultural preocupado por entender el “entorno” como un agente influenciador de, e influenciado por, la historia y la evolución humanas. Por eso pensamos que no estamos en *el entorno*, sino que somos *el entorno*.²⁷⁴

A visão antropocêntrica é uma visão parcial, ideologizada, que se presta a colocar a natureza como objeto de exploração. Trata-se, portanto, de um processo ideológico, que bloqueia o circuito de reação cultural com a finalidade de justificar a exploração dos recursos naturais. Adotados os processos culturais como modelo de análise teórica que permite a compreensão do fenômeno jurídico, identificamos o circuito de reação cultural a partir do qual nós, os seres humanos, com nossa bagagem biológica e genética, buscamos explicar, entender e intervir no entorno de relações sociais, psíquicas e naturais no qual nos inserimos enquanto seres vivos, e sobre o qual projetamos nossa capacidade genérica de modificar e evoluir.²⁷⁵ O meio ambiente faz parte do circuito de reação cultural. Se for retirado, o processo cultural se transforma em um processo ideológico por meio do qual o elemento excluído se torna objeto de exploração.

Ocorre o mesmo em outros processos ideológicos: o patriarcalismo exclui a mulher do processo de reação cultural; o racismo promove a exclusão a partir da etnia; a homofobia funciona a partir da hierarquia que naturaliza a discriminação fundada no padrão heterossexual. Daí, a leitura do ecofeminismo, que equipara as várias formas de exploração e compreende o antropocentrismo como manifestação do patriarcalismo. Desnaturalizado, o paradigma que separa ser humano/natureza revela seu caráter ideológico e seu papel no conjunto de sistemas de exploração condenados pela teoria crítica.

Si existe un rasgo que caracterice a la modernidad occidental capitalista, éste ha sido el de la separación absoluta entre lo que se considera cultural (lo nuestro) y lo que no es más que naturaliza (lo de los otros). Naturalizando, con ello, todo un proceso de colonización, invasión y genocidio jamás contemplado por la humanidad a lo largo de su evolución. La naturaliza es lo estático y lo pasivo: basta con enviar a lo natural a los colectivos que nos interese dominar para que la intervención colonial (o

²⁷⁴ HERRERA FLORES, 2005a, p. 309.

²⁷⁵ HERRERA FLORES, 2005a, p. 318.

patriarcal) quede plenamente justificada.²⁷⁶

Apesar da força do aparato ideológico, o mundo vive um momento em que os efeitos da exploração da natureza tornaram inevitável uma mudança de rumos, que começa, no plano epistemológico, com a superação do antropocentrismo. As mudanças climáticas em processo acelerado são mais visíveis no momento, por força da crise hídrica e energética que o Brasil enfrenta em 2015, circunstância que provoca maior atenção com fenômenos relacionados à elevação da temperatura, crescimento populacional, desmatamento, extinção de espécies da fauna e da flora, urbanização, destruição da camada de ozônio, etc. Tudo isso tem impacto nas decisões judiciais, em todas as decisões e não apenas nas decisões que tratam de questões ambientais. Artur Diniz aponta o risco do despejo compulsório.

No que diz respeito à saúde, não é diferente. Tanto são frequentemente mencionados os impactos do dano ambiental à saúde humana quanto, nas lides relacionadas à saúde coletiva, a questão ambiental é cogitada. De forma geral, as tecnologias têm impacto na saúde humana, tanto por força das características do processo produtivo quanto em relação aos efeitos que causa na saúde do trabalhador e do consumidor, sem contar a produção de resíduos e sua destinação. As tecnologias têm impacto ambiental e têm impacto na saúde humana.

Como consequência, cresce a percepção de que a hierarquização decorrente do antropocentrismo é arrogante e desrespeitosa, devendo ser afastada. Isso implica a presença crescente de discursos que permeiam a questão ambiental e afastam o antropocentrismo nas decisões judiciais, firmando as bases de uma nova justiça orientada para a sustentabilidade e comprometida com a invenção do direito coletivo.

Risco à saúde: determinante na política de saneamento básico

As conexões entre saúde e meio ambiente têm como ponto de partida o próprio texto constitucional, que vincula “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e “sadia qualidade de vida”. Na outra ponta, a Lei n.º 8.080/1990, inclui entre as condicionantes e determinantes da saúde a alimentação, a moradia, o saneamento básico e, expressamente, o meio ambiente.

Em Lagoa Santa-MG, no Bairro Campinho, o lançamento de esgoto a céu aberto, escoando para o leito do Córrego Bebedouro sem prévio tratamento ambiental, foi proibido

²⁷⁶ HERRERA FLORES, 2005a, p. 318.

pela decisão da 4ª Câmara Cível do TJMG na apelação cível n.º 1.0148.10.005979-6/001. O voto da desembargadora Heloísa Combat contém o juízo seguinte:

O fundado risco de dano ou de difícil reparação prepondera em desfavor dos munícipes, vez que a situação precária do logradouro pode culminar em contágio por uma variedade de doenças, colocando em risco a saúde dos cidadãos da Rua Gonçalves. Destarte, entendo que a decisão proferida pelo MM. Juiz a quo deve prevalecer, em benefício de bens maiores, quais sejam o meio ambiente e a saúde pública.

Quem funcionou como representante do Ministério Público foi a então procuradora de justiça Shirley Fenzi Bertão – hoje desembargadora no TJMG –, a qual definiu o vínculo saúde-ambiente em discurso alinhado com o paradigma ambiental:

Isso porque, com o lançamento de efluentes sanitários no leito do Córrego Bebedouro, é inevitável a ocorrência de dano ambiental, consistente na contaminação da água, da fauna e flora aquáticas, além da vegetação ciliar, e propiciando, ainda, a proliferação de doenças infectocontagiosas. Nesse ponto, destaque-se que o laudo ambiental referido nas razões recursais não comprova, de forma nenhuma, a inoccorrência de dano ambiental, mas tão somente a ausência de constatação de alguns tipos mais graves de agressão ao meio ambiente, tais quais o perecimento de espécimes da fauna aquática raras ou ameaçadas de extinção, a ocorrência de lesão corporal grave ou morte de alguém ou a modificação do regime climático (cf. itens 7, 8 e 9, fl. 45). No entanto, o mesmo laudo nos informa do lançamento, sem qualquer tratamento e de forma contínua, de esgoto doméstico em volume diário superior a seis mil litros e capaz de conter bactérias, vírus, protozoários e helmintos, muitos deles patogênicos responsáveis por doenças de veiculação hídrica, em área de preservação permanente localizada, ademais, a duzentos metros do limite da APA Carste Lagoa Santa. [...] Lado outro, a medida paliativa tentada (construção de fossa coletiva no local) acabou gerando problemas de igual gravidade. Conforme destacado na exordial, o esgoto está totalmente entupido e voltando para as residências, com total insalubridade para os moradores e, especialmente, para as crianças que ficam expostas a uma gama de doenças parasitárias, bacteriológicas e virais, especialmente a proliferação da Dengue.

No processo n.º 1.0194.09.100721-2/002, julgado pela 6ª Câmara Cível do TJMG, discutiu-se a concessão de Licença Prévia e de Instalação da Estação de Tratamento de Esgoto (ETE) no Bairro Terezinha, em Coronel Fabriciano-MG. Os laudos periciais apontaram efeitos nocivos à saúde da população local e concluíram que a implementação da ETE conforme o projeto submetido à avaliação poderia gerar danos como odores desagradáveis, irritação ocular, conjuntivite, perda do olfato, inconsciência, hipertensão, edema pulmonar, convulsão, tontura e desorientação.

O juízo de primeiro grau deferiu liminarmente a suspensão dos efeitos das Licenças Prévia e de Instalação concedidas à Copasa e do trâmite do processo de licenciamento ambiental junto à Supram-LM, bem como a suspensão de quaisquer atividades voltadas à instalação da ETE, inclusive da licença administrativa, por entender que o sistema a ser

adotado pela Copasa para a construção da ETE apresentava risco ao meio ambiente e à população do entorno do local previsto para a obra. No Tribunal, a decisão foi parcialmente reformada. Primeiro, porque se entendeu que os aspectos formais do processo de licenciamento foram obedecidos. Depois, porque os danos identificados na perícia só ocorreriam após o início do funcionamento da ETE, que poderia ser impedido em momento futuro. Entendeu-se que a continuidade do processo de licenciamento constituía etapa preliminar e não causaria dano direto e imediato. Assim, o Tribunal autorizou a continuidade do processo de licenciamento, mas manteve a suspensão de quaisquer atividades voltadas à instalação e operação da ETE no bairro Santa Terezinha.

O impacto do empreendimento na saúde dos moradores foi expressamente mencionado na fundamentação do voto da desembargadora Sandra Fonseca:

Em suma, tenho que, sopesando os riscos envolvidos, inclusive com a possibilidade de transmissão de patologias e morte pela emissão do gás sulfídrico, a instalação e operação da ETE deve ser suspensa até o deslinde da controvérsia, de modo a evitar danos ambientais e à população do Município.

A vinculação saúde-ambiente também foi mencionada na manifestação do Ministério Público, que invocou os princípios da precaução e da prevenção.

Não podemos esquecer que estamos frente a uma tutela de urgência, onde se deve, principalmente quando envolve o meio ambiente e a saúde pública, se dar especial importância aos princípios da precaução e da prevenção.

Situação semelhante se identifica em ações que tratam do direito à saúde em moldes coletivos. A título de exemplo, na área de medicamentos, a 7ª Câmara Cível do TJMG manteve a decisão que proibiu o descarte inadequado de medicamentos e lixo hospitalar, “expondo a saúde pública a riscos”, acompanhando o voto do desembargador Wander Marotta (Agravado de Instrumento n.º 1.0103.13.002238-9/001); em matéria de resíduos sólidos, impôs ao Município de Caratinga a obrigação de implementar adequado sistema de coleta e disposição final de lixo para os Distritos de Santo Antônio do Manhuaçu, São Cândido, Dom Lara e Dom Modesto, além de condená-lo à restauração de todas as áreas degradadas, conforme o voto condutor do desembargador Audebert Delage (Apelação Cível n.º 1.0134.03.033189-3/001); determinou a remoção de veículos acumulados de forma inadequada em depósito público, com vistas a evitar a proliferação do mosquito *Aedes Aegypti*, transmissor da dengue (Agravado de Instrumento n.º 1.0210.13.002257-2/001, desembargador Afrânio Vilela).

Em resumo, o tema saúde está quase sempre presente na fundamentação das decisões

que tratam de direito ambiental e, embora com menor incidência, é frequente a invocação de argumentos originários das questões ambientais na proteção coletiva do direito à saúde. Com a rápida emergência do paradigma ambiental e a consciência de que se trata de um meta-valor cuja riqueza irradia por todo o sistema, supera-se gradativamente a limitação imposta pela ideologia antropocêntrica.

II.2.4 Paradigmas na pauta do direito coletivo à saúde

Depois de apresentados como elementos teóricos necessários à invenção do direito coletivo à saúde²⁷⁷, o exame dos paradigmas da decisão judicial foi ampliado, neste capítulo, com a demonstração prática de sua presença em manifestações do Ministério Público e em decisões judiciais. Os discursos utilizados por desembargadores e procuradores de justiça expõem a racionalidade que os orienta e permitem a utilização dos paradigmas descritos pelo ministro Ricardo Luís Lorenzetti para sua classificação. Considerando tratar-se de proposta teórica ainda pouco debatida no Brasil, os resultados da investigação comprovam sua perfeita adequação à finalidade buscada: identificar que “existe uma ‘pré-compreensão’ de quem toma a decisão que leva a uma diferente interpretação das normas”²⁷⁸. O valor “igualdade”, por exemplo, tanto pode expressar-se no paradigma protetivo (hipossuficiência), quanto no paradigma do acesso aos bens (exclusão), ou mesmo nos ora propostos paradigmas do equilíbrio (exploração) e da ecologia dos saberes (imperialismo cultural).

A pesquisa realizada nas decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais permitiu a identificação de paradigmas na maior parte dos discursos produzidos em casos envolvendo direito coletivo à saúde julgados entre 2009 e 2013. Os precedentes expostos são suficientes para demonstrar a adequação do modelo teórico para a análise das soluções adotadas e seu desdobramento, com a definição de linhas de jurisprudência e sua gradual consolidação.

Conquanto o total de ações individuais de saúde continue crescendo todos os anos, em rápida progressão, o volume total de ações coletivas que tratam do tema apresenta variação aleatória: no TJMG, foram encontrados 47 acórdãos em 2009, 19 em 2010, 33 em 2011, 40 em 2012 e 27 em 2013, contendo pedidos variados: fornecimento de medicamentos, insumos e equipamentos domiciliares; realização de exames; adequação hospitalar; realização de cirurgia; controle de endemias; melhoria das condições de saúde e segurança em

²⁷⁷ Na Parte I, Capítulo 2.

²⁷⁸ LORENZETTI, 2011, p. 227.

estabelecimentos prisionais; saneamento básico; execução orçamentária; interdição de atividades insalubres; saúde suplementar; instalação e funcionamento de Estações de Rádio Base (ERBs); recolhimento de animais abandonados; proteção à saúde da criança e do adolescente, etc.

Alguns paradigmas aparecem com mais frequência, destacando-se, nas ações de direito coletivo à saúde, os discursos que garantem a provisão de acesso a medicamentos, internação hospitalar, exames diagnóstico e alimentação especial. O viés protetivo manifesta-se nas prestações endereçadas a idosos, crianças ou a grupos que se identificam por necessidades comuns, como é o caso dos portadores de lúpus eritematoso. A ótica consequencialista aparece com frequência nos discursos que invocam equidade em saúde, questionando pretensões que ignoram os critérios que orientam a organização da fila de espera (quando existente) e o impacto financeiro do provimento sobre o orçamento público. Evidencia-se a preocupação com os fundamentos do estado de direito constitucional nos discursos que reafirmam a necessidade de limitação do poder e valorizam os mecanismos de controle social. A questão ambiental, que tudo permeia, manifesta-se menos: os discursos invocando impactos à saúde humana em questões ambientais são encontrados com maior frequência do que os que apontam consequências ambientais nas macrorrelações que permeiam os fatores condicionantes e determinantes da saúde.

No julgamento de casos de direito individual, é possível também identificar situações cuja decisão se enquadra no paradigma da ecologia dos saberes, como é o caso dos pedidos que desobedecem à legislação que proíbe a utilização do nome comercial dos medicamentos na prescrição médica. No Brasil, desde 1993, por força do Decreto n.º 793, é obrigatória a utilização da denominação comum do fármaco. Tal regra hoje decorre de lei federal: o art. 3º da Lei n.º 9.787/1999 e a RDC n.º 17/2007 da Anvisa impõem aos médicos e odontólogos a obrigação de prescrever utilizando o nome do princípio ativo.

Da mesma forma, em ações individuais as situações de exploração – paradigma do equilíbrio – podem ser identificadas em muitos casos que discutem o direito a tratamentos experimentais. A realização de pesquisa em seres humanos só é permitida depois de previamente aprovada por um Comitê de Ética em Pesquisa (CEP), órgão colegiado, multi e transdisciplinar, com no mínimo sete membros; além disso, a pessoa que se submete a tal experimento deve ser prévia e adequadamente esclarecida sobre os riscos e desconfortos esperados e manifestar formalmente seu consentimento assinando documento denominado Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Na Apelação Cível n.º 1.0086.08.022442-0/002, a 7ª Câmara Cível do TJMG apreciou

caso de usuária diagnosticada como portadora de hipertensão arterial pulmonar em 2003, pelo laboratório Pfizer, e aderiu a programa de estudo patrocinado pelo laboratório, recebendo o fármaco denominado Sildenafil, que se encontrava em teste. Após três anos de uso, com bons resultados, o fornecimento do medicamento foi suspenso pelo laboratório patrocinador. Por tal motivo, a manifestação da Procuradoria de Justiça foi pela responsabilização do laboratório.

Se o laboratório Pfizer usou [a usuária] como cobaia, em experimento com o Sildenafil, encontra-se obrigada a manter a assistência por força da legislação que rege a ética em pesquisa envolvendo seres humanos. Conforme a CNS 466/12, item III.3.o, se o uso do medicamento, durante o estudo, mostrar benefício aos participantes da pesquisa, o patrocinador deve fornecer o medicamento de forma gratuita, pelo tempo que for necessário, mesmo tendo encerrado o estudo. Nota-se que o centro de pesquisa, Instituto Dante Pazzanese, tentou impor ao Município de Brasília de Minas o ônus de transportar Valéria Ferreira da Silva até São Paulo, para continuidade dos testes. Por fim, o abuso tomou proporções maiores: o laboratório interrompeu o fornecimento do fármaco. É certo que o Município e o Estado têm a obrigação de prover a assistência farmacêutica. Todavia, no caso dos autos o direito de Valéria Ferreira da Silva decorre do vínculo estabelecido entre ela e o instituto pesquisador, com o patrocínio do laboratório Pfizer.

O acórdão não discutiu a responsabilidade do laboratório pela assistência à saúde daqueles que se submetem a tratamento experimental, abstendo-se de discutir a dupla exploração – do usuário e do SUS – e o descumprimento da Resolução n.º 466, de 12.12.2012, do Conselho Nacional de Saúde, que impõe ao patrocinador a obrigação de “assegurar aos participantes da pesquisa as condições de acompanhamento, tratamento, assistência integral e orientação, conforme o caso, enquanto necessário”. Decidiu atribuir o custeio ao SUS porque, após a fase experimental, o fármaco foi incorporado pela política de assistência farmacêutica.

Ao tempo da ação, o medicamento requerido não se encontrava na relação de medicamentos padronizada pelo Ministério da Saúde, e, o SUS possuía diversas alternativas terapêuticas para o tratamento da HAP: DIGOXINA 0,25MG, FUROSEMIDA 40MG, VARFARINA 5MG, e, NIFEDIPINA 20MG (f. 93). Na ocasião, o requerente não havia comprovado qualquer superioridade ou eficácia da SILDENAFILA em relação às alternativas terapêuticas oferecidas pelo SUS. Além, a paciente não estava em tratamento em nenhum centro de saúde pertencente ao ESTADO DE MINAS GERAIS; e, todos os relatórios e prescrições médicas eram provenientes do Estado de São Paulo e, ainda, eram datados de 2006, 2004 e 2005 - não havia nenhum relatório médico atual (f. 21-27). A despeito disso, em 2014, o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 35/2014 que aprovou o protocolo clínico e diretrizes terapêuticas da hipertensão arterial pulmonar, incluindo, dentre outros (NIFEDIPINO 10MG, ANLODIPINO 5 MG E 10 MG, ILOPROSTA 10 MCG/ML, AMBRISSENTANA 5 MG E 10 MG; E, BOSENTANA 62,5 MG E 125 MG), a SILDENAFILA 20MG, 25MG E 50MG para tratamento da HPA. Referido medicamento é dispensado pelo SUS, por seu Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF), sendo, portanto, fornecido pelo ESTADO. Destarte, com a inclusão do referido fármaco no elenco padronizado de medicamentos da rede pública de saúde, dispensado aos pacientes usuários do SUS, com prescrição médica de profissional vinculado e em exercício de suas funções junto ao SUS, portadores de HPA, observado, ainda, o ESTADO e Município de

residência dele, tem-se que houve a perda superveniente do interesse de agir. (trecho do voto do desembargador Oliveira Firmo na Apelação Cível n. 1.0086.08.022442-0/002, j. em 25.08.2015 pela 7ª Câmara Cível do TJMG)

A situação de exploração não foi observada pelo Ministério Público em 1ª instância, que promoveu a ação civil pública em face do Município e do Estado, conquanto tenha descrito, no suporte fático, a conduta do laboratório Pfizer. O Tribunal, adstrito ao pedido, não pôde atribuir a responsabilidade ao patrocinador da pesquisa, optando por afastar a condenação do Estado de Minas Gerais.

Há muitas situações de exploração (paradigma do equilíbrio) e de imperialismo cultural (paradigma da ecologia dos saberes) que podem ser identificadas nas práticas adotadas pelos fornecedores de produtos e serviços de interesse da saúde. À medida que se tornam mais conhecidas as políticas de saúde, as normas de ética em pesquisa com seres humanos e as obrigações da indústria farmacêutica, é esperada sua incorporação à prática e aos discursos de atores jurídicos. São possibilidades de tutela coletiva, que a experiência acumulada sugere. A investigação realizada na decisão de ações voltadas à garantia do direito coletivo à saúde valeu-se de metodologia preponderantemente indutiva, partindo da análise de casos julgados – os fatos, norma aplicada e juízos emitidos – para chegar a conclusões gerais que confirmam a utilidade dos paradigmas para a solução de casos complexos.

O raciocínio dedutivo, a partir dos paradigmas – aplicado às ações individuais e a problemas recorrentes nos sistemas de assistência à saúde – permite que se amplie ainda mais o leque de alternativas para a expansão da tutela coletiva. O estudo de casos a partir das decisões judiciais utiliza metodologia predominantemente indutiva: o conjunto de casos individuais conduz à formulação geral, que comprova a presença dos paradigmas nas decisões que tratam de direito coletivo à saúde. Confirmada a pertinência do modelo, facilitada fica a dedução de pretensões coletivas a partir dos modelos decisórios alinhados com o sistema de valores orientados para a vida digna.

A assistência farmacêutica, por exemplo, é tema recorrente nas ações individuais que buscam prestações associadas à noção de direito à saúde. No correspondente suporte fático, os motivos que ensejam a judicialização são os casos de não inclusão do fármaco no rol daqueles fornecidos pelo SUS e os de interrupção e/ou demora no fornecimento. Constatada a repetição dos fundamentos alegados para a busca de intervenção judicial, abre-se a possibilidade de invenção do direito coletivo à saúde a partir da ampliação da escala de investigação e busca de soluções.

No primeiro caso, quando o SUS nega o fornecimento de um produto registrado na

Anvisa porque não foi incluído nos protocolos assistenciais, a investigação terá como ponto de partida a política pública e os critérios adotados para a inclusão ou exclusão do fármaco. Já vimos exemplo desse tipo de demanda coletiva no caso do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Lúpus Eritematoso Sistêmico. Em princípio, as diretrizes fixadas pelos gestores do SUS abrangem as necessidades de assistência farmacêutica e somente devem ser afastadas quando suas alternativas terapêuticas já tiverem sido esgotadas, conforme assentado na *I Jornada de Direito da Saúde* realizada pelo CNJ, em maio de 2014 – Enunciado n.º 4, ampliado, em maio de 2015, pelo Enunciado n.º 61, que incluiu insumos e procedimentos, os quais se complementam com o Enunciado n.º 12, que fixa a necessidade de demonstração da não efetividade do tratamento oferecido pelo SUS:

Enunciado n.º 4 - Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado.

Enunciado n.º 61- Saúde Pública - Proposta de alteração do enunciado n.º 4 da I Jornada - Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêuticas, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado.

Enunciado n.º 12 - A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

A redação indica que sua elaboração se deu no contexto das ações individuais, admitindo-se que os protocolos e diretrizes terapêuticas sejam desconsiderados quando esgotadas, no caso individual, todas as alternativas previstas no PCDT. No caso do lúpus eritematoso, com a indicação de mudança do protocolo proposta pelos médicos especialistas do serviço de referência, a ação coletiva pede a modificação do protocolo para inclusão de alternativa farmacêutica que menos danos produz. A solução é excepcional, e somente foi judicializada porque amparada no consenso dos expertos e no resultado de testes clínicos.

O importante neste exemplo é que ele pode ser reproduzido em escalas menores, no Município ou no estabelecimento de saúde, os quais também elaboram suas listas de

medicamentos. A modificação de um protocolo nacional ou estadual é sempre mais difícil, porque envolve uma quantidade maior de variáveis. No plano municipal, a situação é diferente. Cada cidade tem suas características próprias – clima, agentes poluentes, forças produtivas e correspondentes relações sociais de produção, etc. – que têm impacto direto no perfil epidemiológico. As listas fixadas pelas políticas nacional e estadual são genéricas, elaboradas para atender às necessidades de múltiplos contextos. No Município, a lista será diferente, contendo apenas aqueles medicamentos adequados ao perfil local e incluindo outros, decorrentes de necessidades específicas. O rol de medicamentos é instituto criado pela Portaria n.º 3.916/1998, que estabeleceu a Política Nacional de Medicamentos:

3.1 Adoção de relação de medicamentos essenciais

Integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva. [...]

A descentralização é a primeira das diretrizes do SUS – art. 198, I, da Constituição da República. E se expressa com responsabilização do gestor municipal pela assistência farmacêutica, a qual inclui, conforme definido na Política Nacional de Medicamentos, as “atividades de seleção, programação, aquisição, armazenamento e distribuição, controle da qualidade e utilização – nesta compreendida a prescrição e a dispensação –, o que deverá favorecer a permanente disponibilidade dos produtos segundo as necessidades da população, identificadas com base em critérios epidemiológicos”.

Assim, a partir do paradigma do acesso aos bens é possível investigar cada etapa do processo de assistência farmacêutica do SUS, verificando se há situações de exclusão que merecem correção. Desde a primeira etapa do processo – a seleção dos medicamentos – é possível identificar situações de exclusão, confrontando-se o perfil epidemiológico da população assistida e a lista de medicamentos elaborada. Podem-se encontrar problemas no perfil epidemiológico – por incompletude, desatualização ou erro na coleta de dados – ou na própria lista de medicamentos que, em alguns casos, é elaborada por burocratas, sem a prévia consulta aos profissionais de saúde (prescritores) e usuários do sistema.

O paradigma protetivo será de grande valia para orientar a investigação das etapas de prescrição e dispensação dos medicamentos que devem atender às necessidades especiais de

grupos vulneráveis – crianças, idosos, gestantes, pessoas com dificuldade de locomoção, etc. –, além de fundamentar a atividade de farmacovigilância que nem sempre é adequadamente implementada no âmbito dos Municípios. Conforme definição da Anvisa, a farmacovigilância “é o trabalho de acompanhamento do desempenho dos medicamentos que já estão no mercado” realizado em todas as esferas de governo. Os produtos farmacêuticos podem produzir efeitos indesejáveis, e especialmente em relação às inovações tecnológicas a ocorrência de efeitos colaterais deve ser atentamente monitorada.

Também neste ponto, as discussões promovidas pelo CNJ em torno da judicialização da saúde oferecem subsídios para a invenção do direito coletivo à saúde fomentando a intervenção que garanta efetividade às ações de farmacovigilância. A assistência farmacêutica não se limita à obrigação de dar, com a mera dispensação do medicamento; inclui as ações de monitoramento e controle dos resultados, com a identificação de riscos e a intervenção preventiva. Daí a exigência de apresentação periódica de relatórios médicos e da inclusão do usuário beneficiado por decisão judicial nos programas do SUS, “para fins de acompanhamento e controle clínico”. É o que se extrai dos Enunciados n.ºs 2 e 11/ 2014.

Enunciado n.º 2 - Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em medida liminar ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório médico, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida.

Enunciado n.º 11 - Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PDCT), recomenda-se que seja determinada pelo Poder Judiciário a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico.

Apesar de se tratar de atividade essencial à prevenção de riscos provocados pelo uso de medicamentos, o controle dos resultados sempre foi tarefa difícil devido ao sigilo que envolve as ações de atenção à saúde. Tal situação se modifica com a judicialização, visto que o próprio usuário torna pública sua necessidade e tem o dever de fundamentar sua pretensão de utilizar determinado fármaco demonstrando a ineficácia das alternativas terapêuticas fornecidas pelo SUS, os resultados obtidos com a utilização do produto prescrito e eventuais efeitos colaterais, de interesse coletivo.

Os casos de interrupção e/ou demora no fornecimento sugerem a ocorrência de problemas de gestão, também classificados entre os problemas que podem ser tratados em escala coletiva. As soluções podem ser simples, obtidas como resultado de ajustes na organização e planejamento do SUS, no Município. Sabe-se, porém, que a falta de uma

cultura de planejamento, aliada à frágil constituição dos mecanismos de controle social representam alguns dos principais obstáculos à implementação do SUS.

Recorda-se aqui a evolução da saúde pública no Brasil, exposta na retrospectiva das Conferências Nacionais de Saúde realizadas desde a década de 1940, e a permanente tensão entre medidas voltadas para a concentração de poder e o ideal de descentralização, reafirmado em muitas oportunidades. Atualmente, embora a descentralização seja uma diretriz constitucional, reiterada na Lei Orgânica da Saúde, persiste a concentração de poder no Ministério da Saúde, que, além de controlar o financiamento da saúde, induz Estados e Municípios, por meio de incentivo, à adesão às políticas nacionais.

Somente com o fortalecimento do sistema de planejamento local – o plano de saúde municipal – será possível superar os persistentes problemas de organização do SUS na instância em que o usuário tem o contato direto com o sistema: o Município. A base legal se encontra na Lei n.º 8080/1990, que prescreve o “planejamento ascendente, do nível local até o federal”:

Art. 36. O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

§ 1º Os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária.

§ 2º É vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde.

O ponto de partida para a invenção coletiva do direito à saúde, neste caso, é a fiscalização da existência e funcionamento do plano de saúde municipal, ou seja, a verificação de sua conformidade com as reais condições de saúde da comunidade. Um plano elaborado a partir dos indicadores epidemiológicos permite que sejam programadas as ações de saúde e, no caso da assistência farmacêutica, as compras dos medicamentos compatíveis e contemporâneos às necessidades dos usuários.

Por fim – e apenas exemplificativamente, pois as possibilidades de invenção do direito coletivo à saúde na assistência farmacêutica estão longe de esgotar-se –, também são pertinentes as iniciativas voltadas ao controle da licitude das compras de medicamentos (paradigma do estado de direito constitucional) e de seu descarte, muitas vezes necessário, quando vencido seu prazo de validade (paradigma ambiental).

Também a partir dos paradigmas, é possível desobstruir as vias estabelecidas para

garantir o acesso às ações e serviços de saúde. As muitas ações judiciais que apresentam pedidos de internação ou transferência de usuários para leitos hospitalares dotados de tecnologia compatível com suas necessidades imediatas indica que há problemas no funcionamento da regulação assistencial, responsável pelo gerenciamento dos leitos adquiridos pelo SUS.

Em Minas Gerais, a regulação opera um sistema denominado SUS-Fácil, no qual são cadastrados os usuários e suas respectivas necessidades. Organizado regionalmente, o sistema é operado por um médico regulador que se encarrega de autorizar as internações nos leitos hospitalares do SUS, orientado por critérios de equidade em saúde. O problema é que a maior parte dos leitos está sob a administração direta de fornecedores privados, que vendem seus serviços para o SUS e atendem também aos planos privados de assistência à saúde. Ao expor os sucessos da implementação do SUS-Fácil, que devem ser reconhecidos, os gestores da saúde do Estado de Minas Gerais afirmam que o tempo médio para a reserva de um leito de internação manteve-se inferior a três horas nos anos de 2006 e 2007.

O tempo médio para reserva de um leito para internação foi de 2:48 (duas horas e quarenta e oito minutos), no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007. Como na atenção às urgências o fator tempo é um determinante fundamental para a redução da mortalidade, ainda consideramos a necessidade de uma avaliação mais detalhada, correlacionando o tempo de acesso ao recurso hospitalar diante das necessidades expressas nas solicitações de regulação.²⁷⁹

As estatísticas do SUS-Fácil demonstram que ele tem funcionado com agilidade para os casos menos graves, aqueles em que o custo do usuário internado é baixo. Infelizmente, conforme se nota nas ações judiciais que contêm pedidos de internação, enquanto o caso simples obtém vaga em até três horas, os casos graves permanecem dez, quinze, vinte dias sem atendimento, violando a regra de equidade.

A situação sugere que a solução visada deve orientar-se pelo paradigma protetivo, porque o confronto entre os dados oficiais do SUS-Fácil e os casos judicializados comprova que prejudicados têm sido os mais vulneráveis: os usuários em estado grave, que sistematicamente são recusados pelos hospitais privados. Uma hipótese a ser investigada é a carência de poder do médico regulador que, aparentemente, não tem efetivo governo dos leitos adquiridos pelo SUS.

É cruel a realidade. Os casos graves são negligenciados. E os gestores têm consciência desse fato. Os hospitais recusam-se a receber os casos graves porque, em face do

²⁷⁹ COELHO, Myriam Araújo. RAUSCH, Maria do Carmo Paixão e TAVARES JR., Paulo, 2009, p. 187.

subfinanciamento, sabem que aquele usuário requer assistência cujos custos são superiores ao valor pago pelo SUS. A persistente ocorrência de sonegação de leitos demonstra que os gestores do SUS preferem deixar que os usuários morram, sem assistência, a exercer a autoridade sanitária que lhes cabe. A regulação não pode funcionar apenas para garantir lucro aos prestadores privados; deve funcionar para atender às necessidades do usuário, garantindo equidade e respeito à vida digna.

São situações complexas, que exigem intervenções construídas a partir das necessidades do usuário, com o necessário enfrentamento de muitos interesses. A invenção do direito coletivo à saúde, na forma aqui proposta, supõe a utilização dos paradigmas que valorizam a igualdade material, a emancipação e o respeito ao meio ambiente para a busca de soluções justas; supõe a criação de espaços para o fortalecimento do controle social do SUS, com a participação da comunidade nos processos decisórios; supõe o diagnóstico amplo dos problemas, com o manejo de metodologias capazes de captar os elementos materiais que configuram a situação problemática, sua explicação e interpretação, para eficiente intervenção.

CAPÍTULO 3: DIREITO COLETIVO À SAÚDE – ELEMENTOS MATERIAIS

Após a avaliação crítica dos papéis exercidos pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público brasileiro em face das políticas públicas de saúde, e, de forma especial, com vistas à invenção do direito coletivo à saúde, o conjunto de elementos teóricos e materiais apresentados como processos culturais permite que se retorne à proposta central deste trabalho com a demonstração de que é possível garantir saúde a todos, com dignidade.

O propósito deste capítulo é demonstrar que, com a atenta incorporação de elementos materiais ao vasto complexo conceitual que informa o direito coletivo à saúde, é possível concretizar a utópica promessa de saúde para todos. O estudo de um caso de sucesso e o esboço de outros campos propícios à aplicação da metodologia proposta, examinados a partir das diferentes faces do *Diamante Ético*, confirmam ser necessária e possível a permanente invenção do direito coletivo à saúde como forma de se garantir universalidade, integralidade e descentralização dos processos decisórios, com efetiva participação da comunidade.

O ponto de partida é a criação de espaços de encontro, espaços de ampliação do humano; espaços de reconhecimento e respeito à diferença. Ao ideal de saúde, como direito

individual e coletivo, e às políticas públicas construídas com conhecimento e experiência de especialistas, associa-se o cidadão usuário, o prestador de serviços, o servidor público, o olhar de diferentes atores contribuindo para ampliar as possibilidades de intervenção na realidade. O ponto de chegada é a dignidade, critério de valor que guia o processo de ampliação do humano.

Ahora bien, aceptar lo humano y reconocerse como tal, supone inexorablemente admitir que no estamos solos y que los que nos rodean, aunque tengan diferentes rostros, diferentes miradas, diferentes emociones, diferentes lenguas y diferentes formas de acceso a la realidad, no son ni un castigo ni una amenaza para nuestra integridad; más bien, esas miradas, esos rostros y esas diferencias, lo que hacen es definimos especularmente. Es decir, al mirarnos en ellos, nos devuelven nuestra propia imagen, constituyendo la única garantía de que somos lo que queremos ser: animales culturales que reaccionan de distintos modos ante el mundo real e inmanente en el que vivimos.²⁸⁰

A experiência concreta é a atividade chamada Mediação Sanitária, instituída em 2012 no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que consiste em uma série de ações voltadas para o enfrentamento de problemas coletivos na área da saúde. Assemelhada à audiência pública – evento que culmina na realização de reunião organizada, aberta a qualquer cidadão, com a finalidade de “discutir, ouvir e coletar sugestões, demandas e informações junto à sociedade e ao poder público”, fornecendo subsídios para uma decisão administrativa²⁸¹ –, a Mediação Sanitária foi concebida com escopo resolutivo, propondo-se a enfrentar “complexas demandas em saúde, com repercussão coletiva, principalmente no aspecto preventivo, de forma a encontrar soluções de consenso, substitutivas da evitável judicialização da política de saúde, com maior legitimação e efetividade”²⁸².

Aperfeiçoando-se permanentemente, com a experiência prática, foram realizadas 29 reuniões de Mediação Sanitária em 2012, 28 durante o ano de 2013 e 12 em 2014, com a criação de comissões de trabalho que continuam se debruçando sobre problemas complexos do sistema de assistência à saúde, especialmente aqueles que se desdobram em escala regional. Embora os problemas abordados sejam preponderantemente identificados com os serviços e ações de assistência, a metodologia pode ser estendida às ações preventivas, inclusive de caráter educativo, com a ampliação dos espaços onde todos tenham a oportunidade de participar da discussão dos problemas e da construção coletiva de soluções.

Com esse objetivo, a atividade desenvolvida com o propósito de Mediação Sanitária

²⁸⁰ HERRERA FLORES, 2005a, p. 161.

²⁸¹ Resolução PGJ n. 29, de 25.03.2014, publicada no Diário Oficial Eletrônico do MPMG de 26.03.2014.

²⁸² Resolução PGJ n. 78, de 18.09.2012, publicada no Diário Oficial Eletrônico do MPMG de 20.09.2012.

será examinada à luz do *Diamante Ético*, ou seja, a partir dos vários aspectos que se orientam por elementos conceituais, em oposição aos que se amparam em elementos materiais. Já utilizamos o mesmo instrumento para apreciar o Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em Saúde, e ponderamos a falta de maior detalhamento dos elementos materiais, que deve ser suprida com a necessária atualização desse instrumento, que completa dez anos em 2016. A Mediação Sanitária, em sentido inverso, é econômica no que diz respeito a elementos conceituais e pródiga na exposição dos elementos materiais, contaminando o direito coletivo à saúde com a realidade e suas contradições, expondo interesses e descortinando necessidades.

O rompimento com o paradigma antropocêntrico, com a noção individualista de direito subjetivo e com a visão abstrata de direitos humanos permite que a saúde e o direito – e, coerentemente, o direito coletivo à saúde – sejam apreciados como processos culturais, interpretados a partir dos correspondentes circuitos de reação cultural e implementados por meio de intervenções incidentes sobre elementos materiais: forças produtivas, relações sociais de produção, desenvolvimento, historicidade e práticas sociais.

O trabalho sobre os processos culturais resulta na obsolescência dos conceitos abstratos de saúde e de direito, e na sua substituição pela compreensão do caráter dinâmico do fazer humano e da plena expressão das funções dos signos culturais envolvidos na invenção do direito coletivo à saúde: entender e explicar o estado de bem-estar, como meta e como necessidade (aspecto causal ou estrutural); interpretar, modificar e transformar as ações determinantes e condicionantes da saúde e do direito (aspecto metamórfico) e concretizar as possibilidades de “outros mundos”, nos quais a vida digna seja o critério central de valor, fruto da intervenção coletiva na realidade (aspecto interativo).

Insistir na necessidade de invenção do direito coletivo à saúde decorre da constatação de que o imaginário limitado pelas várias ideologias que dão suporte aos sistemas de opressão – patriarcalismo, racismo, antropocentrismo, etc. – não tem permitido o desenvolvimento e a garantia dos direitos humanos em escala transindividual. Quase duas décadas após o início do processo que, no Brasil, é conhecido como judicialização da saúde, o delicado equilíbrio entre o indivíduo, a coletividade e o entorno natural parece inalcançável, devido à utilização de um arcabouço teórico inadequado e ao descaso com importantes aspectos da realidade – os elementos materiais.

A Mediação Sanitária prova o contrário. Nos espaços onde todos têm voz e intervêm em todas as etapas da invenção do direito coletivo à saúde, ampliando as possibilidades de diagnóstico das situações problemáticas, criando novas soluções e mecanismos de controle, especialmente de controle social, legitimando as soluções eleitas a partir de valores e

necessidades coletivamente reconhecidos, é possível prover saúde para todos, com dignidade. Caracterizada pelo pluralismo, a experiência de mediação propicia o desenvolvimento de uma nova cultura jurídica que, conforme assinala o professor Antonio Carlos Wolkmer, deve ser pautada por “autonomia, diferença e tolerância”.

A problematização e a relevância temática pluralista conduz, necessariamente, à discussão das possibilidades de nova cultura jurídica, com legitimação assentada no reconhecimento da justa satisfação das necessidades básicas e na ação participativa dos sujeitos insurgentes, singulares e coletivos. No âmbito do Direito, a pluralidade expressa a ‘coexistência de normatividades diferenciadas que define ou não relações entre si. O pluralismo pode ter com intento, práticas normativas autônomas e autênticas, geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, podendo ou não ser reconhecidas, incorporadas ou controladas pelo Estado’. Certamente que o pluralismo jurídico tem o mérito de revelar a rica produção legal informal engendrada pelas condições materiais, lutas sociais e contradições pluriclassistas. Isso explica por que, no capitalismo periférico latino-americano, o pluralismo jurídico passa ‘pela redefinição das relações entre poder centralizador de regulamentação do Estado e pelo esforço desafiador de auto-regulação dos movimentos sociais e múltiplas entidades voluntárias excluídas’.²⁸³

Examinada à luz da teoria crítica proposta por Joaquín Herrera Flores, a Mediação Sanitária enquadra-se entre as ações voltadas para a criação do “imaginário social instituinte”, que valoriza atitudes voltadas para a inclusão e o conseqüente processo de humanização decorrente do reconhecimento do outro. A reunião pública, com adequada representação de todos os interessados, permite a construção de um imaginário compartilhado a partir das percepções expostas pelas pessoas individualmente e por grupos de interesses. Com esse processo, a realidade se amplia a partir da soma das várias explicações e interpretações, produzindo-se o conhecimento necessário para que as intervenções concretizem o ideal de saúde para todos.

O Quixote, tantas vezes representado como o louco que luta contra moinhos de vento, talvez seja o melhor exemplo da atitude necessária para a construção de novos imaginários. A personagem de Miguel de Cervantes confronta uma sociedade que resiste à mudança; confronta o “realismo” de Sancho Pança; confronta a visão antropocêntrica, que coloca a natureza “a serviço” do homem. Assim, o ideal de saúde para todos enfrenta a resistência da cultura dos privilégios, das hierarquias, da “lei de Gerson”, do descaso com a qualidade da água e do ar, dos interesses políticos e econômicos.

Mediante la tarea de explicación, interpretación e intervención en las relaciones en las que estamos insertos, prolongamos, estiramos, extendemos lo que convencionalmente se entiende por realidad creando ficciones, metáforas que nos inducen a ir más allá de lo establecido. En *El Quijote* – ese conjunto complejo de

²⁸³ WOLKMER, 2008, p. 189.

metáforas culturales —, la realidad, entendida como la trama de relaciones que constituyen a los individuos, se extiende, se prolonga de tal modo que difícilmente podemos concebir nuestras coordenadas culturales sin incluir en las mismas el valor de la tolerancia y la necesidad de la solidaridad.²⁸⁴

A experiência da Mediação Sanitária será mais efetiva na medida em que for possível ampliar a representatividade dos protagonistas, estimulando a participação dos usuários, reforçando suas identidades e validando suas necessidades. A avaliação crítica, como se verá, mostra que os representantes da burocracia estatal constituem a maioria dos participantes das reuniões. Depois, os representantes de prestadores e trabalhadores da saúde e, em menor proporção, os representantes de usuários do serviço público, utilizada aqui o termo usuário em seu sentido mais amplo, incluindo-se principalmente aqueles indivíduos e grupos que se encontram excluídos da assistência à saúde e talvez sequer se vejam como usuários.

A partir das políticas públicas, identificam-se, como usuários visíveis e incluídos: a mulher, a criança, o idoso, o portador de deficiência, o trabalhador, o portador de transtorno mental, a família, os diabéticos e hipertensos, os portadores de aids, câncer, etc. Outros, embora tenham seus problemas contemplados em políticas específicas, permanecem invisíveis e, por falta de conhecimento da existência de programas de atenção, continuam no limbo, senão excluídos. É o caso dos usuários de álcool e drogas: a falta de implementação da política, com instalação dos equipamentos de atenção (Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas), é problema crônico, que afeta o bem-estar dos indivíduos, das famílias, das comunidades. Senão por outros motivos, a ampliação da participação de usuários atende a critério legal: a lei que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS determina que a representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos²⁸⁵.

Outra lacuna se identifica na escassa participação dos setores marginalizados pelo sistema, praticantes da medicina tradicional. No SUS, com o nome de Práticas Integrativas e Complementares, a atividade começou a ser institucionalizada por meio de Portaria do Ministro da Saúde²⁸⁶, que trata da medicina tradicional chinesa (acupuntura), da homeopatia, das plantas medicinais e da fitoterapia, do termalismo social/crenoterapia, com a definição de diretrizes para seu fortalecimento e incorporação. A identificação e convocação desses profissionais para que participem de forma ativa das reuniões de Mediação Sanitária constitui

²⁸⁴ HERRERA FLORES, 2005a, p. 165.

²⁸⁵ Lei n. 8.142, de 28.12.1990.

²⁸⁶ Portaria MS n.º 971, de 3 de maio de 2006

elemento importante para a ampliação do imaginário social instituinte necessário à realização do ideal de saúde para todos.

Por fim, a metodologia da Mediação Sanitária desenvolveu-se sobre o pilar do imaginário social instituinte, e deve continuar expandindo-se nesse sentido. Mas pode ir além. A participação da comunidade, a reagrupação do social em torno da saúde e a construção coletiva de políticas são muito importantes, mas precisam caminhar juntos com dois outros imaginários: o imaginário ambiental bio-sócio-diverso (a relação ser humano-natureza) e o imaginário radical (relação da pessoa consigo mesma). A pauta dos encontros que tratam do direito coletivo à saúde inclui necessariamente a superação da visão antropocêntrica, complacente ou inerte em relação à exploração e à destruição dos processos naturais, e a necessária atenção ao indivíduo, cuja saúde depende da remoção das barreiras interiores que dificultam o contato e a compreensão do outro, e, simultaneamente, a ressignificação e a conquista da autonomia pessoal, da plena capacidade de fazer e desfazer mundos.

As necessidades de saúde, conforme modelo aqui adotado, podem ser classificadas em quatro grupos. Necessidades de bem-estar, de acesso a tecnologias, de vínculos entre usuário e serviços de assistência e de emancipação, ou seja, necessidade de crescente autonomia e responsabilidade pessoal. De todas, porém, a mais importante, pela perspectiva do imaginário radical, é a emancipação. O bem-estar, ou o aperfeiçoamento do vínculo com a equipe do programa de saúde da família, em situação de dependência, mantém o indivíduo afastado de suas raízes, de suas capacidades pessoais, da saúde.

O risco que se corre com a priorização do acesso à tecnologia, como se a necessidade de tecnologia correspondesse à totalidade das necessidades de saúde, é o esquecimento das demais necessidades e, quiçá, da principal delas: a necessidade de emancipação.

II.3.1 O *Diamante Ético* como metodologia crítica

Ao proclamarmos a importância dos elementos materiais para a invenção do direito coletivo à saúde, estamos trabalhando com um dos elementos do *Diamante Ético*, metáfora que se vale de uma forma poliédrica para propor um caminho adequado ao conhecimento, explicação e interpretação de situações complexas. A partir da exposição das várias faces, que se mesclam e articulam à medida que se ampliam as perspectivas, torna-se possível a emissão de juízos orientados para a promoção e garantia da vida digna.

Apreciar a Mediação Sanitária com essa metodologia crítica oferece oportunidade para que se percebam suas potencialidades para a invenção do direito coletivo à saúde – e de

outros direitos coletivos – apreendendo a litigiosidade intrínseca à situação problemática que mobiliza variados interesses e permitindo a superação de barreiras a partir dos paradigmas que fixam os critérios da justiça coletiva.

Tanto na exposição inicial quanto na discussão do Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em Saúde, apresentamos o *Diamante Ético* na forma como foi desenhado por Joaquín Herrera Flores em *El vuelo de Anteo* (2000) e na *(Re)Invenção dos Direitos Humanos* (2009), com a observação de que, dos doze elementos inicialmente arrolados em dois eixos, de forma fixa, quatro deles posteriormente revelaram-se móveis: posição, dis-posição, espaços e práticas. Além disso – e o que é mais importante –, trata-se de uma metodologia relacional que será adaptada à situação concreta conforme necessário.

Já comentamos que uma metodologia relacional não implica necessariamente entender o objeto sob “todas” suas relações ou conexões. Mas sim saber escolher que relações ou conexões queremos elucidar de um fenômeno, sem nos esquecer de sua integração na totalidade do real. Do mesmo modo, sabemos que, aceitar uma posição relativista não supõe afirmar a igual validade de todos os pontos de vista, mas sim a importância do contexto e das experiências discrepantes.²⁸⁷

Acompanhando a evolução da Mediação Sanitária, é possível observar que as primeiras experiências, conquanto tratando de questões coletivas, ancoravam-se de maneira bastante clara em um elemento específico. Realizada em Belo Horizonte, aos 12.04.2012, a primeira reunião tratou especificamente de questões ligadas à dificuldade no cumprimento de decisões judiciais nas ações movidas em face do Estado, mobilizando instituições – orçamento, licitação, responsabilidade fiscal – e desenvolvimento – gestão dos mandados judiciais envolvendo prestações de saúde. Na segunda Mediação Sanitária, realizada em 23.04.2012, na cidade de Oliveira-MG, discutiu-se a utilização de recursos destinados à assistência à saúde para a quitação de dívidas trabalhistas, em pauta que discutiu forças produtivas – o prestador privado, Hospital São Judas Tadeu –, e relações sociais de produção – relacionamento entre o SUS, o prestador privado e os trabalhadores da saúde.

Depois, com a evolução da experiência, o escopo da Mediação Sanitária ampliou-se em alguns casos, para a análise conjunta de temas, mobilizando outras faces do *Diamante Ético*. A título de exemplo, na 56ª Mediação Sanitária, realizada em Teófilo Otoni-MG, em 13.11.2013, foram discutidos: 1) a garantia de acesso aos serviços de saúde hospitalares pela população local e regional; 2) os indicadores de saúde dos prestadores (hospitais); 3) os vazios assistenciais; 4) a rede da Atenção Primária; 5) a rede da Atenção Psicossocial; 6) a

²⁸⁷ HERRERA FLORES, 2000, p. 145.

rede da Atenção de Urgência e Emergência; 7) a Política Nacional de Hospitais de Pequeno Porte; 8) a instituição de Comissão de Trabalho de Mediação Sanitária Macrorregional.

No *Diamante Ético*, recorda-se, os elementos se distribuem em dois eixos, os quais se colocam em destaque maior no presente trabalho. Trata-se do eixo material, que se opõe ao eixo conceitual. A prioridade aqui adotada se deve à constatação de que o direito à saúde, quando judicializado, construiu-se preponderantemente a partir de elementos conceituais, definições abstratas e discursos fortemente ancorados em normas gerais, sem maiores considerações com os elementos materiais.

A atuação do Ministério Público seguiu o mesmo caminho, e até mesmo o Plano Nacional do Ministério Público em Saúde, embora bastante completo, abordando a complexidade e as incongruências do sistema, pouco tratou dos elementos materiais, alongando-se na discussão de teorias, valores e instituições. O exame das manifestações produzidas em processos judiciais demonstra que, ao longo da última década, a metodologia de ação permanece praticamente a mesma, amparada em discursos calcados em normas gerais e abstratas, nos princípios constitucionais e nas declarações de direitos humanos. Faltam, porém, os elementos materiais, a discussão das forças produtivas e das relações sociais de produção, do desenvolvimento e da historicidade. Muita ênfase nos valores e nas normas, pouco esforço na investigação e demonstração dos fatos.

A Mediação Sanitária tem sido eficiente na invenção do direito coletivo, com efetiva solução de problemas, porque segue na contramão da prática corrente. As atas das reuniões são econômicas em relação a aspectos teóricos e bastante detalhadas no que diz respeito aos elementos materiais.

A invenção do coletivo na Mediação Sanitária

Dentre as dificuldades que se apresentam em face de situações complexas, de dimensão coletiva, destacam-se aquelas decorrentes da pluralidade de diferentes percepções da realidade e que exigem trabalho de interpretação, compreensão e tradução – nivelamento dos saberes, em uma comunidade heterogênea – para que seja possível a ação coletiva. Cada ator, a partir de sua posição, influências, repertório de informações e conhecimentos e, principalmente, a partir de seus interesses, percebe de forma particular os estados de fato. Daí a necessidade de construção do imaginário coletivo como ponto de partida da mobilização dos atores para a invenção e a implementação de soluções consensuais.

Para os problemas submetidos à lógica da justiça comutativa, orientados pela

perspectiva individualista e, preponderantemente bilaterais, a cultura jurídica se valeu da técnica de tipificação, reduzindo as situações de ocorrência frequente a seus elementos mínimos e fixando, a partir daí, determinadas consequências. O Direito Penal trabalha com tipos (“Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”²⁸⁸), o Direito Contratual se organiza a partir dos tipos (“Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”²⁸⁹), a responsabilidade civil orienta a liquidação das obrigações apresentando tipos (“No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”²⁹⁰).

Trata-se de um processo de simplificação, que reduz a realidade a alguns de seus elementos, definindo condições para que se operem determinadas consequências. Na escala coletiva, a simplificação não funciona, ou dificilmente será suficiente para a obtenção de resultados justos. Por isso, a necessidade de invenção do direito coletivo, através de procedimentos que tornem possível a compreensão da realidade que existe além dos tipos; que não se encaixa nos tipos. Aliás, nos direitos humanos, Carol Proner pontua que o modelo teórico deve ser aberto e mutante, sujeito a permanente redefinição:

El permanente estado de incompletud y de potencial fisura de cualquier teoría resume la posibilidad de transformación social latente en cualquier sociedad, en cualquier tiempo. También resume la posibilidad de auto-análisis, auto-crítica y redefinición permanente de consensos en materia de derechos humanos.²⁹¹

A Mediação Sanitária, tanto quanto as audiências públicas, presta-se à invenção do direito coletivo por meio da elaboração de um mapa da realidade que se compõe da soma das percepções particulares dos vários atores. A partir de um determinado problema coletivo, são recolhidos dados para a produção do diagnóstico preliminar e, na reunião das pessoas e instituições interessadas, o conhecimento se amplia com as vivências e pontos de vista diversificados.

Pode-se compreender o processo de Mediação Sanitária utilizando-se a metáfora do mapa, aplicada ao direito, na forma proposta por Boaventura Sousa Santos, com a identificação de três variáveis: a escala, a projeção e a simbolização. No que diz respeito à

²⁸⁸ Código penal brasileiro, art. 155.

²⁸⁹ Código civil brasileiro, art. 481.

²⁹⁰ Código civil brasileiro, art. 949.

²⁹¹ PRONER, 2011, p. 28.

escala, revela-se “a existência de três espaços jurídicos diferentes, a que correspondem três formas de direito: o direito local, o direito nacional e o direito global”²⁹². As formas jurídicas variam também conforme o tipo de projeção da realidade social escolhida – as relações econômicas ou os direitos humanos. Por fim, a escala e a projeção influenciam a escolha da simbolização, a seleção de características da realidade que serão utilizadas para fundamentar o processo decisório. Todos esses elementos, sabe-se, constituem formas de distorção controlada da realidade.

A principal característica estrutural dos mapas reside em que, para desempenharem adequadamente as suas funções, tem inevitavelmente de distorcer a realidade. Jorge Luís Borges conta-nos a história do imperador que encomendou um mapa exato do seu império. Insistiu que o mapa devia ser fiel até ao mínimo detalhe. Os melhores cartógrafos da época empenharam-se a fundo neste importante projeto. Ao fim de muitos trabalhos, conseguiram termina-lo. Produziram um mapa de exatidão insuperável, pois que coincidia ponto por ponto com o império. Contudo, verificaram, com grande frustração, que o mapa não era muito prático, pois que era do tamanho do império.²⁹³

Também o direito distorce a realidade, seja reduzindo-a a tipos, seja simplificando os suportes fáticos de forma a permitir que caibam naqueles mesmos tipos. A justiça comutativa atomiza os conflitos e se vale dos tipos para definir direitos e deveres. Na escala coletiva, inviável a redução e a subsunção aos tipos sedimentados culturalmente, pois o mapeamento da realidade revelará aspectos de redes de relações que se entrecruzam de forma dinâmica. O organizador da Mediação Sanitária parte de um certo problema para empreender uma investigação preliminar, colhendo dados que revelem o contexto problemático. É o ponto de partida para que, em reunião ampliada, pessoas que adequadamente representem os vários interesses envolvidos completem o mapa, agregando detalhes relevantes para a compreensão das várias posições.

O tamanho do mapa deve ser adequado ao enfrentamento da situação problemática. Nem tão grande, ou tão detalhado, a ponto de confundir-se com a realidade mesma; nem tão reduzido que, ao invés de revelar, mantenha ocultos os detalhes relevantes. Daí a importância de estarem presentes à Mediação Sanitária os representantes dos vários interesses envolvidos e que os elementos particulares trazidos sejam incorporados ao mapa.

As escalas variam conforme o âmbito do problema e podem ampliar-se, ou reduzir-se, conforme determine a dinâmica do processo de mediação. Na experiência investigada, registrada nas atas das reuniões de Mediação Sanitária realizadas no Estado de Minas Gerais a

²⁹² SANTOS, 2011, p. 207.

²⁹³ SANTOS, 2011, p. 200.

partir de 2012, discutiram-se problemas de âmbito regional e macrorregional, problemas que abrangem a população de um Município e problemas localizados em um único estabelecimento de saúde – um hospital ou um posto de saúde. A escala determina o conjunto de regras que irá preponderar na emissão de juízos e na determinação de ações futuras.

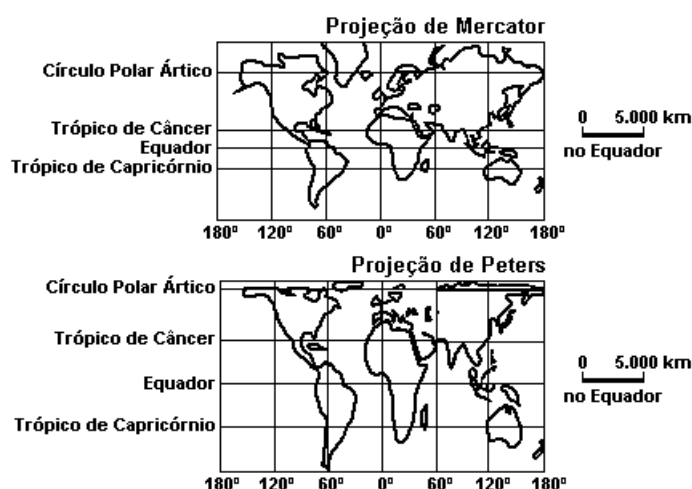
Um problema localizado em um hospital, por exemplo, pode exigir a análise de seus atos constitutivos, dos vínculos contratuais mantidos com o SUS e com planos privados de assistência à saúde, da forma de relacionamento mantida com os funcionários, que podem ser próprios ou terceirizados, e com o corpo clínico, que pode incluir médicos com dedicação permanente, temporária e eventual, etc. No âmbito do Município, um problema sanitário demandará, além do conhecimento daquelas variáveis específicas aplicáveis a cada estabelecimento de saúde, o estudo da legislação municipal, do plano municipal de saúde, das deliberações dos Conselhos Municipais de Saúde, das condicionantes ambientais. Nos problemas regionais, à medida que se amplia a escala, o conjunto de instrumentos normativos aplicáveis se amplia e varia conforme o problema a ser enfrentado.

Problema comum, identificado em várias experiências de Mediação Sanitária, é a falta de congruência entre os compromissos assumidos por um estabelecimento de saúde com o SUS e os vínculos obrigacionais internos, do estabelecimento de saúde com seus colaboradores. Assim, em muitos hospitais que mantêm dupla porta, ou seja, vendem serviços para o sistema público e para os planos privados de assistência à saúde e clientes particulares, os vínculos mantidos com os médicos integrantes do corpo clínico não fixavam a obrigação de prestar assistência aos usuários do SUS. Como consequência, um hospital equipado para prover serviços de assistência na área de ortopedia firmava contrato com o SUS, obrigando-se a prover serviços nessa especialização, sem a anuência do médico ortopedista que, por tal motivo, não se obrigava pessoalmente a realizar serviços de assistência aos usuários do SUS. Após a identificação desse problema, em Mediação Sanitária, a harmonização entre os compromissos assumidos pelo estabelecimento de saúde com o SUS e com os respectivos corpos clínicos tornou-se item importante do mapa, objeto de avaliação e deliberação.

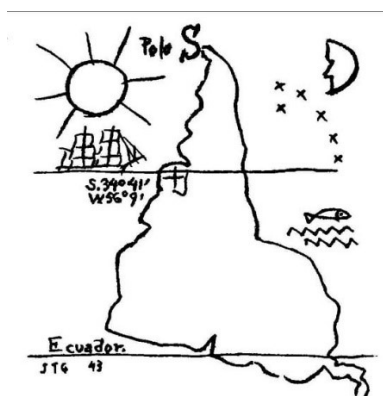
No que diz respeito à projeção, nos mapas, trata-se do método de transformar as superfícies curvas da terra em linhas desenhadas sobre uma superfície plana, processo que nunca será isento de distorções. Trazido para o direito, no modelo examinado, “é o procedimento através do qual a ordem jurídica define as suas fronteiras e organiza o espaço

jurídico no interior delas”²⁹⁴. Assim, a escolha da projeção adotada determinará um centro e uma periferia e a proporção entre ambos. Nos mapas, a comparação de duas conhecidas projeções facilita a compreensão da metáfora.

Na representação do globo terrestre, em projeções, são conhecidos os modelos Mercator (Século XVI), cuja distorção amplia a Europa e reduz a África e a América do Sul, e o Gall-Peters (Século XIX), que reduz as distorções, aproximando-se da proporção real entre os continentes. A primeira projeção, que é a mais utilizada e conhecida, oculta a dimensão do território africano e destaca a Europa, que figura como centro.



Também é possível, na representação cartográfica, selecionar determinado território, suprimindo os demais, ou modificar a posição dos elementos em relação ao observador. O mapa pode expor somente a América do Norte ou, conforme a representação proposta pelo artista uruguaio Joaquin Torres Garcia, o Sul pode figurar no topo e o centro, arbitrariamente eleito, pode situar-se na cidade de Montevidéu ($34^{\circ}41' S$, $56^{\circ}9' W$).



²⁹⁴ SANTOS, 2011, p. 213.

O mapa elaborado na Mediação Sanitária é necessariamente parcial e arbitrário. Cabe aos participantes eleger centro e periferia, definindo objetivos e fixando critérios para a organização dos elementos colhidos. Tratando-se de um mapa, a representação dos espaços, das posições e das disposições dos actantes é indispensável, desde o primeiro esboço. A atenção aos elementos materiais conduz à representação das forças produtivas, das relações sociais de produção, das práticas sociais e das historicidades. O grande desafio é conciliar as relações econômicas privadas, e correspondentes interesses, com a garantia dos direitos humanos, mantendo a vida digna ao centro.

Definida a escala e a projeção, começa o trabalho de sinalização, com a representação dos aspectos mais visíveis da realidade. Adotado o critério de justiça coletiva orientado pela garantia dos direitos humanos, o mapa da Mediação Sanitária buscará identificar e assinalar situações de exclusão e de discriminação, conflitos entre interesses individuais e coletivos, abuso de poder e riscos ambientais.

Os mapas são talvez o objeto cujo desenho está mais estritamente vinculado ao uso que se lhes quer destinar. Para isso, as regras de escala, de projeção e de simbolização são os modos de estruturar no espaço desenhado uma resposta adequada à nossa subjetividade, à intenção prática com que dialogamos com o mapa. Assim, os mapas são um campo estruturado de intencionalidades, uma língua franca que permite a conversa sempre inacabada entre a representação do que somos e a orientação que buscamos. A incompletude estruturada dos mapas é a condição da criatividade com que nos movimentamos entre os seus pontos fixos. De nada valeria desenhar mapas se não houvesse viajantes para os percorrer.²⁹⁵

A elaboração de um mapa é o ponto de partida para a invenção do direito coletivo. Sabem-se, pela experiência brasileira na judicialização de um problema distributivo – a saúde pública –, as consequências do uso indiscriminado dos institutos da justiça comutativa. A redução da fórmula “saúde é direito de todos e dever do Estado” a um tipo, nos moldes utilizados para a dedução de pretensões formuladas com amparo em direitos subjetivos individuais, conduz a soluções injustas, quando avaliadas sob o ponto de vista de seu impacto sobre o bem coletivo.

Por outro lado, a experiência com a Mediação Sanitária demonstra igualmente que o bem coletivo não se reduz, com facilidade, a modelos que possam ser simplificados em “tipos”. Em cada região, e no enfrentamento de cada conjunto de problemas, a atividade de mapeamento é indispensável para a superação dos problemas que, além disso, manifestam-se de forma dinâmica, modificando-se rapidamente com o impacto das mudanças nos indivíduos,

²⁹⁵ SANTOS, 2011, p. 224.

nos grupos e no ambiente, inclusive em decorrência da permanente inovação tecnológica, em todos os campos.

É preciso ter clareza em relação àquilo que fica no centro do mapa. As modernas sociedades capitalistas tendem a colocar o contrato como centro, conduzindo os debates para a perspectiva contratual, com seus princípios, classificação e regras. Diferente será a situação se a vida digna for colocada no centro, ladeada pelos institutos construídos para a garantia dos direitos humanos e valores como a igualdade (acesso aos bens e proteção da parte fraca), preeminência do coletivo, estado de direito constitucional (limitação do poder econômico e político) e ambiental²⁹⁶.

Da elaboração de mapas ao monitoramento de resultados

A Mediação Sanitária segue um fluxo que tem como pontos mais importantes a elaboração do mapa – que equivale à invenção do direito coletivo –, a etapa de deliberação e distribuição de tarefas e o posterior monitoramento de resultados, que, na maior parte das situações, dá origem a novos ciclos de mapeamento, deliberação e avaliação em escalas menores ou maiores do que aquela que deu origem ao processo. Por meio dos atos normativos que deram origem à Mediação Sanitária e o acompanhamento de sua evolução, é possível entender como se deu esse desenvolvimento.

O ato do procurador-geral de justiça Alceu José Torres Marques Marques, publicado no Diário Oficial de 20.09.2012, instituiu a “ação institucional de Mediação Sanitária: Direito, Saúde e Cidadania”, com a finalidade de apoiar a “resolução das complexas demandas em saúde, com repercussão coletiva, principalmente no aspecto preventivo, de forma a encontrar soluções de consenso”. Destaca-se, no corpo da Resolução, o reconhecimento do papel dos gestores, especialmente dos secretários estadual e municipal de saúde, como responsáveis pela elaboração e a implementação das políticas de saúde.

Art. 2º São objetivos da ação institucional de Mediação Sanitária: Direito, Saúde e Cidadania:

I - fomentar, através da celebração de Termos de Cooperação Técnica, a efetiva participação dos órgãos com atuação no direito à saúde - parceiros institucionais, públicos e privados, jurídicos ou não, nos âmbitos municipal, estadual e federal;

II - realizar reuniões, encontros, seminários, visitas técnicas e congêneres, em caráter itinerante, em todo o território do Estado de Minas Gerais;

III - propor soluções, por consenso de seus executores, para resolução de complexas

²⁹⁶ SANTOS, 2011, p. 214.

demandas da saúde, com repercussão coletiva, visando evitar a judicialização da política de saúde;

VI - fomentar a construção permanente, pelos gestores, de políticas públicas universais, integrais e igualitárias na área da saúde;

V - fomentar a implementação, pelos gestores, das políticas públicas já existentes, de forma a evitar desnecessária judicialização da política de saúde.

Outro dado relevante, que diferencia a Mediação Sanitária das formas tradicionais de atuação do Ministério Público, é a eleição dos Termos de Cooperação Técnica como instrumento privilegiado para o estabelecimento de obrigações assumidas pelos vários atores. Diferente do Compromisso de Ajustamento de Conduta, pelo qual se reduz a termo o ato unilateral de alguém que se compromete a ajustar seus procedimentos à determinação legal, o instrumento que registra o resultado da Mediação Sanitária revela-se o mais adequado para a formalização de obrigações complexas que envolvem muitos atores e resulta em algo mais que um compromisso unilateral; o compromisso é de cooperação.

Os dispositivos que tratam das políticas públicas reconhecem a responsabilidade do gestor público, mas reforçam a necessidade de se garantir a participação da comunidade por meio da realização de reuniões, encontros, seminários e congêneres, concretizando a diretriz estabelecida na Constituição brasileira²⁹⁷. A preocupação com a equidade, como princípio, evidencia-se no item que associa o objetivo de acesso à saúde com a identificação das situações de discriminação e exclusão, ao eleger, como prioritária, a ação nos municípios com menor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).

A proposta vem detalhada na cartilha distribuída aos participantes da Mediação Sanitária, que aponta a construção de espaços democráticos como essencial ao processo e sublinha o aspecto epistemológico entre suas características centrais. A Mediação Sanitária associa a saúde e o direito à cidadania, indicando a escolha de um caminho a seguir. Um caminho no qual se destacam o espaço, como elemento material, a construção de saberes e a solidariedade. O texto de apresentação enuncia, em suas primeiras linhas, o objeto da Mediação Sanitária:

[...] construção de espaços democráticos, compartilhados, com respeito aos diversos saberes, que pudessem ser ocupados pelos diferentes atores sociais, protagonistas na implantação do direito fundamental da saúde, jurídicos ou não, no enfrentamento e resolução solidária das complexas demandas de saúde.²⁹⁸

²⁹⁷ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] III – Participação da comunidade.

²⁹⁸ ASSIS, 2014, p. 208.

Em seguida, são enumeradas justificativas fáticas, descrevendo o contexto que deu causa à instituição da Mediação Sanitária. Em primeiro lugar, a própria judicialização da saúde, fato que revela os persistentes problemas de acesso enfrentados pelo cidadão. Se, por um lado, a judicialização tem impacto no planejamento em saúde, interferindo nas decisões dos gestores públicos, do ponto de vista do cidadão a necessidade de busca de uma intervenção judicial decorre de situações de exclusão e de discriminação. Em seguida, o segundo ponto colocado em destaque é a regionalização. Embora a Constituição brasileira tenha fixado a descentralização como uma das diretrizes do SUS, permanece a tensão entre a União, os Estados e os Municípios em relação ao controle das políticas de saúde. As grandes políticas são nacionais, com execução descentralizada, e movidas por incentivos financeiros, situação que cria enorme disparidade entre a concepção abstrata e formal dessas políticas e sua efetiva execução, com frequente perversão dos objetivos fixados.

A necessidade da regionalização, qualificada como solidária, foi apresentada como uma das causas fáticas para a realização da Mediação Sanitária. O Brasil tem 5.570 Municípios espalhados em 27 Estados²⁹⁹. Minas Gerais é o Estado mais populoso do país e conta 20.869.101 habitantes distribuídos em 835 Municípios, dos quais 648 têm população inferior a 20.000 habitantes. No outro extremo, apenas 32 Municípios têm população superior a 100.000 habitantes³⁰⁰. Tal situação torna inviável a completa descentralização das ações de saúde para os Municípios, que, por esse motivo, devem organizar-se regionalmente para atender às necessidades de saúde. As redes, e sua organização regional, foram idealizadas e formalizadas em atos normativos que dividiram o Estado em 77 regiões de saúde. Na prática, a regionalização suscita problemas que demandam permanente mediação.

O terceiro ponto destacado na cartilha como pressuposto fático para a realização da Mediação Sanitária são as dificuldades de relacionamento entre os agentes políticos, que obstruem as ações regionais. A crença de que o prefeito e seu secretário municipal de saúde são responsáveis apenas pela população residente em seu território é apresentada como um desafio sistêmico, a ser discutido e superado.

O fator político (partidário) heterogêneo nos municípios em dada Região de Saúde, o perfil dissociado dos gestores de saúde e a crença de que fazer saúde é responsabilizar-se com exclusividade pelo seu território são desafios sistêmicos, discutidos e superados na lógica da Mediação Sanitária. Essa questão política (partidária), heterogênea na maioria dos territórios regionais sanitários, reforçada pelo *status* da autonomia político administrativa dos municípios, essa conferida pela

²⁹⁹ IBGE, 2015.

³⁰⁰ <ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2015/estimativa_dou_2015.pdf> Acesso em: 12.09.2015.

atual constituição federal, constitui-se em um dos fatores mais significativos para a fragmentação do processo construtivo de políticas públicas inter-regional, com grave comprometimento dos fluxos assistenciais e da humanização no atendimento.³⁰¹

A capacidade técnica e a viabilidade econômica da manutenção de um hospital, por exemplo, encontram-se diretamente ligadas à demanda. Não há como manter serviços especializados em um Município com população inferior a 20.000 habitantes, a não ser que esses serviços sejam projetados para atender a uma população maior. A título de exemplo, o Ministério da Saúde autoriza, no máximo, um serviço de alta complexidade cardiovascular para cada 4 milhões de habitantes³⁰². Na atenção especializada em oncologia, o número de estabelecimentos de saúde a serem habilitadas como CACON ou UNACON observará a razão de um estabelecimento de saúde para cada 500.000 habitantes³⁰³.

As escalas variam, mas, em qualquer situação, os serviços locais sempre são organizados com o pressuposto de que suas portas deverão estar abertas para a população regional. Tanto o hospital do pequeno Município, que só cobrirá seus custos com a clientela vinda da região, quanto os estabelecimentos fixados em grandes cidades, que são projetados para atender grandes populações. Tal situação é contemplada pelo modelo de financiamento adotado no Brasil, que, conquanto fixe os valores transferidos para assistência à saúde utilizando como base de cálculo a população do Município, determina a transferência dos recursos diretamente ao Município onde será prestado o serviço.

Em resumo, a realidade fática exige que a organização dos serviços de saúde ocorra de forma regionalizada; há um planejamento, formalizado em instrumentos normativos, mas a implementação dos fluxos nas redes de atenção regional é frequentemente obstruída por problemas políticos. No sistema federativo brasileiro, a autonomia municipal exige que a atribuição de efetiva autoridade a uma instância regional seja fruto de negociação.

A parte conclusiva do texto oficial que apresenta a Mediação Sanitária descreve os objetivos gerais da metodologia adotada, que se alinham com a definição dada e os motivos geradores da atividade. Conforme destacado, a principal diferença em relação às audiências públicas é o propósito deliberativo. No espaço criado pela Mediação Sanitária, há o expreso propósito de instaurar processos decisórios compartilhados para a solução de problemas coletivos. Além disso, a convocação dos vários atores contribui para a manifestação da ecologia dos saberes, resultando na produção de conhecimentos novos, fruto do mapeamento

³⁰¹ ASSIS, 2014, p. 208.

³⁰² PORTARIA SAS Nº 210, de 15.06.2004

³⁰³ PORTARIA SAS Nº 140, de 27.02.2014

das situações problemáticas a partir dos pontos de vista de todos os interessados. Destaca-se o trabalho de tradução, necessário para que as várias linguagens utilizadas pelos intervenientes – médicos, farmacêuticos, gestores, políticos e, principalmente, usuários do sistema, entre outros – sejam objeto de tradução. A Mediação Sanitária cria conhecimento novo e linguagem nova, fruto do esforço comum de interpretação da realidade, que torna possível a intervenção eficiente.

Suas práticas estabelecem sinergias, aproximação de saberes e vivência institucional, reduzindo as tensões e conflitos, promovendo a revisão das ideias, a encampação do conhecimento técnico, jurídico e social e a ação criativa estruturante no campo decisório.³⁰⁴

Outra consequência expressamente perseguida é o compartilhamento da responsabilidade pela solução dos problemas. Sem prejuízo da responsabilidade e consequentes poderes inerentes às várias posições dos que participam da Mediação Sanitária, a construção coletiva de um mapa tanto permite a melhor compreensão do papel e da consequente responsabilidade de cada um, como cria, igualmente, a responsabilidade coletiva, compartilhada, indispensável à produção de resultados.

O exame das relações estabelecidas entre os atores que intervêm na implementação de ações e serviços de saúde facilita a compreensão de duas faces do *Diamante Ético* – a posição e a disposição – e a verificação, na solução de problemas concretos, da mobilidade de ambas, do eixo conceitual para o eixo material, e do eixo material para o eixo conceitual. A posição, que se identifica a princípio como elemento conceitual, pode alterar-se, no plano fático, exatamente na medida em que se alterem também as disposições. Assim, no plano conceitual, abstrato, não se confundem as posições relativas do Secretário de Saúde, como gestor público, e a do administrador de um hospital privado que vende serviços para o SUS. O primeiro é o comprador de serviços e o segundo, o vendedor. Cabe ao gestor público a utilização dos serviços comprados, encaminhando o cidadão para o serviço de assistência; ao gestor privado, obrigado por contrato a prestar serviços ao SUS, a responsabilidade estaria limitada à prestação do serviço contratado. Como consequência, somente o gestor público tem responsabilidade e poder sobre o acesso – a porta – ao serviço, ainda que prestado por fornecedor privado. Na prática, embora sejam claras as posições, nem sempre o gestor público tem a disposição para regular a porta de entrada dos serviços e o gestor privado, que calcula os custos envolvidos em cada ato praticado, facilmente substitui o Secretário de Saúde no

³⁰⁴ ASSIS, 2014, p. 209.

exercício do controle sobre a porta de entrada do sistema público.

As posições não são fixas. São relacionais, e variam conforme a disposição dos atores no curso das relações. O grande volume de ações judiciais discutindo problemas relacionados a dificuldades para internação de enfermos em estado grave decorre do exercício deficiente das posições, pelos gestores públicos, dando ensejo a abusos por parte dos privados. As estatísticas revelam grande quantidade de internações por causas sensíveis à atenção ambulatorial, muitas, possivelmente, desnecessárias, e a judicialização revela a dificuldade na obtenção de vagas para tratamento de casos graves. Análise perfunctória desses dados sugere que o médico regulador, ou seja, aquele que tem a delegação de poderes dos Secretários de Saúde de determinada região para definir as prioridades na utilização de vagas compradas pelo SUS, não tem poder de fato sobre a porta de entrada dos hospitais. A posição de poder não corresponde à posição de fato. Do outro lado, a disposição formalizada no momento de contratar com o SUS não corresponde à disposição do gestor privado no momento de acolher aqueles que demandam assistência à saúde.

A busca pelas soluções mediadas na área da saúde confere a todos maior legitimação social e maior probabilidade de acerto na organização dos serviços a partir da democratização do processo coletivo de trabalho. O essencial é a busca da solução dos problemas coletivos de saúde pela responsabilização coletiva, ao invés da responsabilização sem a solução dos problemas.³⁰⁵

À medida que são visibilizadas as falhas na execução das políticas, torna-se mais fácil a identificação da responsabilidade de cada um dos integrantes da rede e a criação de uma responsabilidade coletiva pelos resultados. Assim, com o reconhecimento de que as posições e disposições não são fixas, e frequentemente não correspondem ao modelo abstrato, previsto na lei e no contrato, a Mediação Sanitária se presta à revisão das responsabilidades e poderes e à consequente fixação de uma responsabilidade compartilhada, comprometida com resultados orientados para a produção de saúde para todos, com dignidade.

De forma resumida, a partir do exame dos documentos que orientam as atividades de Mediação Sanitária, destacam-se na atividade os seguintes aspectos:

- a) busca de interação democrática por meio do compartilhamento de práticas e saberes, da superação de tensões e conflitos;
- b) reconhecimento dos atores como engrenagens de um sistema, unidos pelos ideais de cidadania e dignidade da pessoa humana;
- c) busca de soluções mediadas que sejam portadoras de maior legitimação social em

³⁰⁵ ASSIS, 2014, p. 209.

decorrência de processos decisórios democratizados;

d) consciência de que mais importante que a responsabilização, sem solução dos problemas, é a solução dos problemas com responsabilização coletiva (cultura da corresponsabilidade);

e) construção de políticas públicas de saúde em ambientes dialogados ou mediados.

São convidados a participar das reuniões de Mediação Sanitária, entre outros, membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública Estadual, da Secretaria Estadual de Saúde, das Secretarias Municipais de Saúde, da Superintendência Regional de Saúde, da Gerência Regional de Saúde, do Colegiado de Secretários Municipais de Saúde (COSEMS), do Conselho Estadual de Saúde, do Departamento Nacional de Auditorias do SUS, do Ministério da Saúde, da Associação Mineira dos Municípios, do Conselho Regional de Medicina, prestadores, membros da Federação das Santas Casas e Entidades Filantrópicas de Minas Gerais e da Comissão de Direito Sanitário da OAB-MG.

O usuário, qualificado pelas diferenças pessoais e identitárias, já é presença constante na Promotoria de Justiça, na Defensoria Pública e nos escritórios de advocacia, que levam os casos individuais às instâncias administrativa e judicial. Na Mediação Sanitária, cada vez mais, o reconhecimento das diferenças e a busca de equidade na promoção de saúde, com dignidade, fazem com que a atenção de todos se dirija à identificação das necessidades presentes e futuras, dos que têm voz e dos ausentes.

II.3.2 Os elementos materiais colocam o contexto em primeiro plano

A importância dos elementos materiais para a invenção do direito coletivo à saúde fica mais clara quando posta em contraste com as práticas que trabalham a partir de abstrações e, expressando a perversão dos objetivos das metodologias de ação que permitiram incontáveis progressos durante a modernidade, excluem a realidade dos procedimentos e das práticas sociais. Ao examinar o Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em Saúde, vimos que a excelência da análise conceitual não tem produzido os efeitos desejados e constatamos que o plano se manteve distante da realidade concreta ao privilegiar teorias e instituições. Da mesma forma, a apreciação dos arrazoados produzidos pelo Ministério Público e das decisões judiciais proferidas nas ações que tratam de direito à saúde – individual e coletivo – revela a preponderância do discurso abstrato em prejuízo da investigação e discussão do suporte fático.

Entendemos que sobre este ponto é que se deve concentrar a crítica e o necessário

aperfeiçoamento da judicialização da saúde, e, mais do que isso, da própria realização do direito à saúde. Há uma evolução, não se pode negar. As primeiras petições iniciais, tanto quanto as correspondentes sentenças proferidas, no início do século, limitavam-se a afirmar que “saúde é direito de todos e dever do Estado”, reduzindo a fórmula constitucional a um tipo e utilizando a metodologia consagrada na tutela de direitos subjetivos individuais. Na maior parte dos casos, a prova produzida limitava-se a um documento de origem médica, em geral uma simples prescrição, desacompanhada de relatórios e de exames laboratoriais. Fixou-se o entendimento de que se equipara à lei a palavra do médico assistente, abolida qualquer possibilidade de discussão quanto a seus termos e de questionamento de sua certeza.

Ao longo dos anos, a postura inicial abrandou-se, mas persiste atrelada àquilo que se apresenta como problema central: a desconsideração do peso relativo dos elementos materiais. Basta examinar as petições, os arrazoados, as sentenças e os acórdãos, para se constatar que são gastas muitas páginas para repetir argumentos de caráter abstrato em torno do direito à saúde, em contraste com umas poucas linhas dedicadas à narração do caso submetido ao Judiciário. A prova produzida não melhorou muito, os relatórios médicos permanecem econômicos e, na maior parte dos casos, não são submetidos a contraditório. Mesmo quando o Município ou o Estado, na posição de réus, apresentam a posição de outros médicos, a palavra do médico assistente é tida como hierarquicamente superior, independentemente da qualificação pessoal do profissional.

Também se nota uma ligeira inflexão em relação à postura original com a crescente ponderação, nas decisões judiciais, dos fluxos e condições estabelecidos nas políticas específicas. Os Juízes conhecem hoje, cada vez com maior riqueza de detalhes, as políticas públicas dirigidas à oncologia, ortopedia, oftalmologia, o sistema de regulação das internações hospitalares, as regras de mobilidade necessárias para tratamento fora do domicílio, etc. Todavia, em muitos casos, por força da metodologia de ação tradicionalmente utilizada, confunde-se o desenho da política, registrada em decretos, portarias e outros atos normativos, com a efetiva investigação das causas do funcionamento deficiente daquela mesma política.

As pesquisas revelam que a maior parte das ações se limita a determinar a execução de políticas públicas, reconhecendo o direito a partir das normas que regulam o acesso a determinada ação ou serviço de saúde. Todavia, na cognição estrita das ações individuais, hoje massificadas, não se investigam as causas materiais do insucesso na execução da política, que se revela na concreta restrição ao acesso do usuário.

A Mediação Sanitária tem permitido a superação destes problemas, com o claro

propósito de desvelar os elementos materiais necessários à realização do objetivo central, aqui definido como a vida digna, ou, mais precisamente, a provisão de saúde para todos, com dignidade. Não se trata de panaceia, como pode parecer à primeira vista. A Mediação Sanitária é um procedimento que tem como ponto culminante a realização de reuniões, com todos os interessados, visando à tomada de decisões legitimadas por processos democráticos. Cada decisão e o acompanhamento de sua execução tornam necessária a ampliação do diagnóstico e novos processos decisórios, que não se supõem definitivos.

Além do impacto direto sobre o imaginário social, que é construído durante uma atividade de Mediação Sanitária, o processo também provoca mudanças no indivíduo – imaginário radical – e deve incluir sempre, com o proporcional destaque, a preocupação ambiental, a ponderação dos efeitos da situação sob análise no entorno. No seu *Manifesto Inflexivo*, documento que resume o conjunto de propostas de ação, Joaquín Herrera Flores destaca que devemos fazer coincidir a teoria com a vida, assumindo os riscos que o compromisso com nossa própria verdade implica.

Lutar pela verdade não consiste em “dizer tudo acerca de tudo e de todos”, mas sim em “colocar tudo no que dizemos”. Em outras palavras, significa relacionar o que dizemos com nosso fazer, com nossa práxis no mundo. Já não estamos unicamente em busca de harmonia entre “logos” e “bios”, entre conhecimento e arte de viver, mas sim na conexão entre o que dizemos e fazemos, ou em outros termos, na necessária sustentação das “inflexões” teóricas nas práticas sociais.³⁰⁶

A dinâmica inerente aos elementos materiais se opõe à aparente estabilidade, ou imutabilidade dos elementos conceituais, abstratos. Enquanto estes tentam reduzir a realidade a tipos, a fórmulas gerais e abstratas, para a solução dos problemas, a consideração dos elementos materiais é marcada pela incerteza, pela imprecisão, pelo reconhecimento da permanente necessidade de revisão das muitas variáveis, da incorporação de novas perspectivas e informações, da releitura das visões e versões dos vários atores.

Na apreciação crítica da atividade de Mediação Sanitária, utilizamos o *Diamante Ético*, que funciona como guia para que a análise de situações complexas seja a mais ampla possível, em conjunto com a visão de justiça orientada pelos paradigmas. Cada novo problema coletivo exige a elaboração de um mapa, a ser produzido de forma cooperativa pelo conjunto de atores que nele intervêm, e exige a deliberação coletiva em relação à escala, às projeções e à simbolização a ser adotada.

³⁰⁶ HERRERA FLORES, 2009, p. 213.

No modelo morbo-cêntrico, a recuperação da saúde mobiliza forças produtivas

Na reflexão em torno das forças produtivas, na saúde, sobressai o contraste entre os sucessivos modelos que se desenvolveram, ao longo da história, e as atuais técnicas e instrumentos de produção, as tecnologias utilizadas, a forma de organização, etc. A compreensão do modelo atual se dá no contexto de um modo de produção que adapta os fatores determinantes e condicionantes da saúde à lógica do mercado. Durante a maior parte dos seus cinco séculos, e principalmente nos últimos, a assistência à saúde no Brasil esteve sob a responsabilidade da própria população, organizada de forma solidária. Nas primeiras cidades brasileiras, a assistência à saúde ocorria por meio da atividade caritativa de irmandades leigas e religiosas. A vida no campo, longe do conforto das cidades, torna importantes as pessoas que praticam a medicina popular, como a parteira, o ervatário e o raizeiro. Ao longo do século XX, a situação modificou-se, com a ação do Estado e a crescente participação do mercado.

A necessidade de assistência à saúde é uma constante na evolução humana. A ciência e os documentos históricos comprovam que as civilizações antigas foram fustigadas por epidemias e doenças, inerentes à própria vida. O instinto de autopreservação e o espírito solidário motivaram as ações de assistência à saúde, desde a antiguidade. Sabe-se que os egípcios, há quase 4.000 anos, já apontavam os fatores naturais como causa de doenças e foram responsáveis por grandes avanços na Medicina. O mesmo vale para os sistemas de Medicina chinesa e indiana, cujos fundamentos permanecem praticamente inalterados. No legado da civilização greco-romana sobressaem a emblemática figura de Hipócrates e a sistematização do conhecimento médico realizada por Galeno. Há notícia de que os serviços eram pagos pelos necessitados e, em algumas situações, custeados pela cidade. Os romanos experimentaram várias formas de organização da saúde. Alguns médicos vendiam diretamente seus serviços; outros, vinculados a famílias, recebiam anualmente uma quantia fixa pela assistência prestada. Havia também hospitais, civis e militares.

Quando da Revolução Industrial, a doença passou a ser identificada como causa de prejuízo ao capitalista e objeto de atenção do poder econômico privado. Os romanos já haviam percebido as relações entre o trabalho e determinados agravos à saúde, mas não adotavam providências visando à melhoria da saúde dos trabalhadores. A convocação do Estado para o papel central na promoção da saúde resulta das necessidades econômicas decorrentes da industrialização e da urbanização. A doença provocava queda da produtividade. A necessidade de instalação dos trabalhadores próximos às unidades de

produção levou à urbanização, que veio acompanhada de uma série de problemas de saúde pública. Sem saneamento, morando em condições precárias, os trabalhadores sofreram agravos em seu estado de saúde.

O Estado foi convocado a assumir o custeio da assistência individual à saúde. Para a economia liberal, as doenças representavam um custo elevado e a relação entre as condições de saúde e a qualidade de vida já eram conhecidas. Ganha força, dessarte, por influência dos capitalistas liberais, o movimento sanitarista. Assim, a motivação das ações voltadas à promoção da saúde coletiva foi construída sobre dois diferentes pilares: a) o altruísmo, a solidariedade e a compaixão, que dão sustento ao propósito humanitário de promoção da dignidade, e b) sob outra lógica, a externalização do prejuízo, a exploração, o controle dos corpos e, em sua versão extrema, a transformação do sofrimento e da doença em fonte de lucro privado.

Na Mediação Sanitária, apresenta-se permanentemente o desafio de manter a vida digna no centro do mapa, enriquecendo a possibilidade de interpretação, compreensão e intervenção nas situações coletivas com os elementos conceituais e os elementos materiais. Desnecessária a preocupação com o outro pilar – as relações econômicas privadas – porque ele já está no imaginário trazido pelos participantes, especialmente aqueles que mantêm o controle sobre as forças produtivas. Se os estabelecimentos de saúde eram, até o século XIX, mantidos por irmandades leigas e religiosas, a realidade do século XXI é a da saúde subordinada à indústria farmacêutica, hospitais e planos privados de assistência à saúde.

Também requer disciplina e organização a inclusão, nos mapas, de todos os aspectos reconhecidos como determinantes e condicionantes da saúde. No Brasil, conforme a lei orgânica da saúde, foram expressamente destacados a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Assim, por exemplo, na discussão das forças produtivas, os problemas relacionados à mobilidade – colisões, atropelamentos, acidentes com motocicletas, etc. – são consequência natural do aperfeiçoamento da investigação em torno dos serviços de urgência e emergência. A comunidade pode escolher e decidir entre ampliar a oferta de serviços para tratamento de acidentados ou atuar sobre as causas, reduzindo a possibilidade de agravamento à saúde decorrente de acidentes de trânsito.

No estágio atual da experiência com a Mediação Sanitária, a maior parte das reuniões tem atuado a partir da demanda por serviços de recuperação da saúde. O motociclista foi atingido pelo caminhão e já se encontra na ambulância, à procura de assistência urgente. Daí, na leitura das atas, a reiterada presença de problemas envolvendo atenção hospitalar e das

redes correspondentes. Na 56ª Reunião de Mediação Sanitária, realizada em Teófilo Otoni-MG, os hospitais estavam na pauta, figurando ao lado de outros itens com eles relacionados. O ponto de partida, conforme o registro oficial, foi assim discriminado:

- 1) garantia de acesso aos serviços de saúde hospitalares pela população local e regional;
- 2) indicadores de saúde dos prestadores (hospitais);
- 3) discussão dos vazios assistenciais;
- 4) rede da Atenção Primária;
- 5) rede da Atenção Psicossocial;
- 6) rede da Atenção de Urgência e Emergência;
- 7) Política Nacional de Hospitais de Pequeno Porte;
- 8) instituição de Comissão de Trabalho de Mediação Sanitária Macrorregional.

Da pauta se extrai a centralidade do problema hospitalar na convocação e a prioridade na garantia de acesso à população local e regional. A inclusão de um item dedicado aos vazios assistenciais revela a percepção de que há setores excluídos e parcelas da população que são discriminadas no acesso aos serviços. Percebe-se também que a situação é interpretada como um problema sistêmico, que envolve vários hospitais e, em outro nível de organização, as redes de atenção primária, de atenção psicossocial e de urgência e emergência.

O reconhecimento dos limites e do caráter dinâmico dos elementos materiais justifica a inclusão prévia, na pauta, da instituição de uma comissão de trabalho macrorregional. Os problemas complexos exigem intervenção permanente e as intervenções sempre geram novos desequilíbrios ou descortinam situações de injustiça que demandam ações corretivas. Conforme a ata, as deliberações incluíram a realização de diagnóstico assistencial em cada um dos 63 municípios da macrorregião Nordeste, visando identificar as deficiências, fragilidades e potencialidades da atenção básica, da urgência e emergência, da atenção hospitalar, da atenção psicossocial, da atenção obstétrica e neonatal, da vigilância em saúde, com o objetivo de qualificar as respectivas redes de atenção e avaliar a necessidade de reorganização das ações e serviços de saúde naquela região.

Ficou definido que a comissão encarregada de realizar o diagnóstico deveria visitar as unidades de saúde (hospitais) e verificar, entre outros, sua tipologia (classificação), serviços oferecidos, metas físicas, importância regional, fragilidades, recursos financeiros recebidos, taxa de ocupação, taxa de referência, taxa de mortalidade materno-infantil, taxa de mortalidade institucional. O estudo da tipologia foi colocado em destaque, com recomendação à comissão de inspeção visando à apresentação de proposta de reclassificação ou proposta de

nova identidade sanitária, no escopo da Política Nacional de Hospitais de Pequeno Porte e da Política Nacional de Atenção Hospitalar.

A ata registra várias outras deliberações decorrentes do mapa construído na reunião preliminar e documenta a mobilização em torno do problema coletivo. Várias das questões apreciadas se enquadram na lógica dos interesses dos prestadores privados, que enfrentam dificuldades burocráticas para o acesso à melhor remuneração pelos serviços prestados, mas a presença da vida digna no centro das preocupações se revela na preocupação com os vazios assistenciais e a garantia de acesso, com a definição de responsabilidades entre os gestores e as responsabilidades dos prestadores públicos e privados.

Patamares de desenvolvimento medidos pelo acesso a bens e serviços

Talvez a mais difícil das dimensões relacionadas aos elementos materiais seja a do desenvolvimento, por exigir que se defina um modelo de desenvolvimento. Os critérios de justiça podem auxiliar, fixando objetivos vinculados à liberdade e à igualdade – não exclusão, não discriminação, autonomia e desenvolvimento de capacidades individuais –, ao equilíbrio – não exploração –, ao respeito à ecologia dos saberes, à limitação do poder e à proteção ambiental. Todavia, a construção de imaginários compartilhados em torno do desenvolvimento demanda o aprofundamento da reflexão que se deve operar a partir dos direitos humanos:

[ante a perspectiva do desenvolvimento] estaríamos diante de “condições econômicas, sociais, culturais e políticas que permitam um desdobramento integral, equitativo, planejado e qualitativo das *atitudes* e *aptidões* humanas na hora de lutar por sua dignidade”.³⁰⁷

Para o sistema financeiro internacional, pela voz do Banco Mundial, da Organização Mundial do Comércio (OMC), das agências de classificação de risco, o desenvolvimento nacional se mede pela disponibilidade de recursos monetários para cumprir dívidas. O desenvolvimento se reduz ao desenvolvimento econômico. Sob outra ótica, na perspectiva dos direitos humanos, somente interessa o desenvolvimento humano, cuja medida se dá por meio da capacidade genérica de fazer e desfazer mundos, reagindo em face das situações de opressão e aperfeiçoando o permanente processo de humanização por meio da construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

A elaboração de um mapa orientado pela metodologia do *Diamante Ético* não exige

³⁰⁷ HERRERA FLORES, 2009, p. 142.

que todos os elementos discriminados no modelo ideal sejam considerados. O modelo é flexível e, conforme o caso, com os contornos determinados pela situação fática, configura-se o modelo único, que somente será adequado para aquela situação específica. O mapa não é um tipo, nem funciona como os tipos utilizados para a dedução de direitos individuais, inclusive porque as situações coletivas são dinâmicas e o mapa, colhido em determinado momento, encontra-se em permanente evolução.

Para demonstração das potencialidades da utilização da Mediação Sanitária como exemplo de metodologia apta para a invenção do direito coletivo à saúde, valemo-nos de casos concretos que, lidos a partir de pontos de vista específicos, demonstram com mais clareza as várias faces do complexo diamante. Para a discussão ética das questões ligadas ao desenvolvimento, a garantia de acesso da população carcerária aos serviços de atenção à saúde foi objeto da 44ª Reunião de Mediação Sanitária, realizada em Belo Horizonte no dia 18.06.2013.

As reflexões a respeito dos sistemas de punição e das reais condições oferecidas para o cumprimento das penas expressam, a exemplo dos níveis de saúde, a organização social e econômica do País. No Brasil, a Lei de Execuções Penais, de 1984, constitui exemplo de um projeto humanizador que teima em permanecer como uma promessa não realizada. Nesse sentido, em decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (APDF) n.º 347, em 09.09.2015, o STF reconheceu a ocorrência de violações a direitos fundamentais da população carcerária e impôs, entre outras medidas, o descontingenciamento de recursos do Fundo Penitenciário Nacional. O Ministério Público e a Defensoria Pública têm sido autores de diversas ações pedindo a realização de adequação dos estabelecimentos prisionais e, nos casos extremos, sua interdição, por condições insalubres.

A título de exemplo, com o registro de situação semelhante à de vários estabelecimentos prisionais, na Apelação Cível n.º 1.0718.08.003571-7/007, da Comarca de Virginópolis-MG, apreciada pelo TJMG em 30.10.2012, o Estado de Minas Gerais foi condenado a reformar a Cadeia Pública para adequar o ambiente às condições de salubridade e segurança. Constatou-se que a Cadeia Pública de Virginópolis não apresentava condições estruturais mínimas para garantir a integridade física e a segurança dos presos e dos funcionários que ali trabalhavam. Conforme laudo pericial do Instituto de Criminalística, as instalações elétricas estavam expostas de modo perigoso e as instalações hidrossanitárias não continham caixa de inspeção e não permitiam o escoamento da água pluvial. Nenhuma medida de prevenção e combate a incêndio era adotada. Não havia controle de entrada de líquidos inflamáveis ou utensílios domésticos, alarme de incêndio, iluminação de emergência,

extintor de incêndio, mangueiras de combate a incêndio, planos de evasão e brigada de incêndio. Das seis celas existentes, uma estava interditada e outra era utilizada para acautelar menores, as demais destinavam-se a reclusão masculina. Em todas havia mofo, infiltração, alimentos estocados e elementos não recomendáveis por questão de segurança, como registros, torneiras e objetos passíveis de serem transformados em arma. Os pisos e paredes estavam deteriorados e revestidos com materiais passíveis de se desagregar. No parecer apresentado pela Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos, foi destacada a ocorrência de grave violação dos direitos humanos:

A grave violação dos direitos humanos, com a manutenção de presos em situação degradante, justifica plenamente a manutenção da decisão apelada. Negar ao juiz o poder de determinar que se garanta aos encarcerados o mínimo de dignidade, como no caso dos autos, implica negar que o Estado tenha o dever de respeitar os direitos humanos. O conjunto probatório demonstra que as principais autoridades da Comarca, inclusive as subordinadas ao Poder Executivo, estavam apreensivas com a situação da cadeia. Os relatórios do Juiz de Direito mostram seguidos contatos com os Prefeitos da região, em busca de paliativos; os ofícios da Delegada de Polícia dirigidos ao juiz e ao Promotor de Justiça avisavam que a tragédia era iminente; o corpo de bombeiros e o instituto de criminalística descreveram, com minúcias, a situação precária do presídio. Depois, o episódio dantesco, a gota d'água que tornou imperativa a judicialização da questão: os detentos passaram uma semana com as celas cheias de água e fezes, situação que só chegou a um termo depois que, rebelados, atearam fogo a móveis e colchões. É esse o quadro que justifica a manutenção da sentença apelada. Os fatos – péssimas condições da cadeia; inundação das celas com água e fezes; rebelião e incêndio etc. – demonstravam fartamente o risco continuado e permanente a que estavam expostas as pessoas – encarcerados e servidores do sistema de execução penal. Daí a necessidade de confirmação da sentença. A decisão não criou política pública. Nem a modificou a política existente. O juiz de primeira instância determinou a realização das obras depois de uma rebelião em que os presos protestaram, ateando fogo em móveis e cobertores, depois de terem passado uma semana com as celas inundadas com água e fezes. Não avaliar a justiça da decisão sem considerar a trágica circunstância que a motivou. Conforme assinalou o Desembargador Alberto Vilas Boas, o juiz estabeleceu obrigações razoáveis e urgentes: o reparo dos sistemas elétricos, sanitários e hidráulicos do prédio e a provisão de equipamentos de combate a incêndio.

A sentença foi confirmada pela 1ª Câmara Cível do TJMG. No voto da desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade foi destacada a violação do direito coletivo à saúde dos encarcerados.

Não cabe ao Poder Judiciário, então, interferir na Administração Pública em relação ao mérito de suas decisões e atos, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Porém, acredito que em situações de omissão abusiva ou de estrita necessidade em virtude de fatos que coloquem em risco a instituição ou as pessoas que dela dependem, como é o caso, pode-se impor ao Poder Executivo estadual a referida obrigação de fazer. É cediço que a garantia e a concretização dos direitos fundamentais é dever não só do Executivo e do Legislativo, mas também do Judiciário. No caso em tela, a omissão estatal encontra-se injustificada, e atenta contra a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a saúde dos detentos. O ente federado também alega, em sua peça recursal, que a Lei de Responsabilidade Fiscal impõe restrições ao administrador, estabelecendo a necessidade de previsão

orçamentária para a realização de obras. Tal argumento não pode ser empecilho para o investimento em segurança pública e não afasta a sua responsabilidade. A uma porque o executivo estatal não observa o mínimo existencial para uma permanência digna, que respeite a integridade dos detentos. A duas porque o ente não demonstrou a inexistência de recursos para o cumprimento da obrigação. O próprio Estado aduz que não há previsão orçamentária para a reforma da cadeia pública de Virgíópolis. Assim, tem-se um inevitável conflito entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Separação dos Poderes. Sendo a questão de caráter emergencial, creio que em situações em que os dois princípios constitucionais basilares entram em conflito, deve-se dar preferência ao primeiro. Os detentos, que por sua condição já se encontram à margem da sociedade, também são merecedores de instalações que respeitem a sua integridade, até para que o objetivo do encarceramento - a ressocialização - seja alcançado.

Se os estabelecimentos prisionais apresentam graves problemas de salubridade, cresce a necessidade de atenção à saúde dos encarcerados. O acúmulo de demandas deu causa à realização da Mediação Sanitária que tratou de avaliar a execução do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), que reuniu membros do Ministério Público, da Secretaria de Estado da Saúde, da Secretaria de Estado de Defesa Social, da Federação das Santas Casas de Minas Gerais, diretores de estabelecimentos prisionais e representantes das Secretarias Municipais de Saúde.

Conforme dados do CNJ, atualizados em junho de 2014, chegou a 567.655 o total de encarcerados no Brasil, sendo a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia. O crescimento da quantidade de pessoas presas se deu a partir de 2002, ano no qual foram computados um total de 239 mil presos. Implantado em 2003, por meio da Portaria Interministerial n.º 1777, de 09.09.2003, o PNSSP trata da realização de campanhas de vacinação; direito à visita íntima; distribuição de *kits* de medicamentos da farmácia básica, incluindo a distribuição de preservativos masculinos e medicamentos específicos para gestantes, etc.

No ato normativo está prevista a atuação de equipes multiprofissionais, compostas minimamente por médico, cirurgião dentista, psicólogo, assistente social, enfermeiro e auxiliar de enfermagem, com ações voltadas para a prevenção, promoção e tratamento de agravos em saúde, primando pela atenção integral em saúde bucal, saúde da mulher, doenças sexualmente transmissíveis, aids e hepatites virais, saúde mental, controle da tuberculose, hipertensão e diabetes, hanseníase, assistência farmacêutica básica, imunizações e coletas de exames laboratoriais.

Na prática, conforme diagnóstico apresentado na Mediação Sanitária, essas ações e serviços de saúde praticamente não existem em muitas unidades prisionais e, por força da previsão legal, o Estado de Minas Gerais deveria receber recursos financeiros repassados pelo

Ministério da Saúde (70%) e do Ministério da Justiça (30%), os quais foram contingenciados pelos dois Ministérios após a constatação de problemas na execução do programa. Decidiu-se pela adoção de medidas emergenciais, consistentes na implementação de projeto piloto nas unidades prisionais dos municípios de Ribeirão das Neves, Contagem e São Joaquim de Bicas, com equipe de saúde prisional itinerante, garantida a complementação financeira pela Secretaria Estadual de Saúde e a cobertura operacional (logística) necessária para a realização, com segurança, dos atendimentos médicos em cada uma dessas unidades prisionais – dotando-as de espaços físicos adequados e equipamentos de saúde mínimos para a atenção básica – pela Secretaria de Defesa Social.

Ficou consignado que referidas equipes de saúde prisional organizadas em caráter emergencial atuaram de forma precária, até entrada em vigor da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP)³⁰⁸. Além disso, as duas Secretarias de Estado envolvidas comprometeram-se a regularizar a prestação de serviços de saúde prisional nos municípios que contam com unidades prisionais funcionando em seu território, de modo que, no mínimo, os serviços da atenção básica, eletivos e de urgência e emergência sejam executados.

A situação da assistência à saúde da população carcerária é um bom exemplo do elemento “desenvolvimento”, no *Diamante Ético*, exatamente porque a velocidade com que ocorrem as mudanças permanece aquém do esperado, situação que sugere maior urgência na intervenção. Significativamente, os usuários não participaram da reunião de Mediação Sanitária e não tiveram a oportunidade de enriquecer o mapa então elaborado com suas experiências pessoais.

Há uma situação de real e completa exclusão, na medida em que muitas unidades prisionais não contam com serviços de assistência à saúde. Ocorrências de discriminação dependem da realização de entrevistas ou da efetiva participação de encarcerados na discussão. Sabe-se, apesar disso, que a falta de vagas em manicômios judiciais tem mantido elevado número de portadores de transtorno mental em estabelecimentos prisionais comuns, situação que agrava o sofrimento de ambos.

Em face do ideal de equidade, o descaso com o direito coletivo à saúde nos estabelecimentos prisionais constitui indicador do desenvolvimento em relação ao acesso às ações e serviços de saúde. Assim como os encarcerados, vários outros coletivos encontram-se à margem do sistema, excluídos ou discriminados. É o caso da população em situação de rua,

³⁰⁸ A PNAISP foi implementada pela Portaria Interministerial n. 1, de 02.01.2014.

dos moradores de acampamentos de movimentos de sem-terras, imigrantes ilegais, ciganos, etc.

III.3.3 Memória exemplar – para explicar, interpretar e intervir na saúde coletiva

Embora não seja desejável a hierarquização dos elementos no *Diamante Ético*, sendo mais adequada sua apreciação como partes que se articulam e complementam em uma situação complexa, a historicidade/temporalidade merece especial atenção, por pelo menos dois motivos: primeiro, por se tratar de uma variável que tem influência direta na evolução do processo cultural, fornecendo elementos para explicar, interpretar e intervir, de modo a permitir a invenção e a realização do direito coletivo à saúde. O segundo motivo, intrinsecamente ligado ao primeiro, é a possibilidade de manipulação da historicidade/temporalidade como forma de dissimular interesses e correspondentes processos ideológicos.

O retorno às causas históricas, aos processos que deram origem à teia de relações e aos problemas coletivos orienta a tomada de decisões e contribui para a criação da responsabilidade compartilhada, da corresponsabilidade, definida como um dos objetivos da Mediação Sanitária. Utilizando o exemplo de Ulisses, que conhece os perigos da ilha de Capri e, ciente da necessidade de resistir ao canto sedutor das sereias, pede aos marinheiros que o amarrem ao mastro da embarcação, Joaquín Herrera Flores ilustra o papel daquele que, após escolher o caminho que conduz à vida digna, e aos correspondentes valores, assume responsabilidades e as compartilha com os parceiros, que juntos se comprometem.

Ulises tiene la obligación de comunicar a sus interlocutores los rasgos personales que lo definen como individuo, en tanto que creador de valores y postulador de proyectos. La persona –del griego, *máscara* que usaban los actores en las representaciones teatrales- ya no es definida por los dioses. Estos pueden ayudar u obstaculizar o apoyar la acción humana, pero es la persona “identificada” la que tiene que responsabilizarse de sus acciones y de las relaciones que va construyendo a su alrededor. A partir de la *Odisea* nos vamos quedando solos ante el mundo. Son nuestras decisiones y elecciones las que tienen que instituir el camino que vamos a recorrer para poder regresar a casa, al *oikos*, a la comunidad, a la esperanza de felicidad. Por esa razón, Ulises “decide” amarrarse al palo mayor de su nave, tapar los oídos de sus compañeros y renunciar a los placeres sensuales e intelectuales que le proponen las sirenas. Para bien o para mal estamos ante una elección humana.³⁰⁹

O registro em ata e a assinatura de termos de cooperação técnica constituem a corda que amarra os protagonistas da Mediação Sanitária, os quais, para seguirem juntos, devem

³⁰⁹ HERRERA FLORES, 2005a, p. 209.

conhecer o mapa, estar cientes dos obstáculos que existem no caminho e adotar providências para que não sejam seduzidos por valores estranhos àqueles coletivamente escolhidos. O mapa – metáfora que se mostra adequada à compreensão dos vários aspectos do processo de Mediação Sanitária – é construído principalmente a partir da historicidade/temporalidade. Os organizadores colhem as informações básicas, elaborando um primeiro esboço, mas é a reunião ampliada que permite a elaboração dos detalhes, a identificação de cores, rugosidades, atalhos e riscos, aos quais somente se chega a partir dos relatos pessoais daqueles que vivem as várias perspectivas do problema que demanda atuação coletiva.

Nos processos culturais, recorda-se, os signos cumprem três funções principais: explicar, interpretar e intervir. Na invenção do direito coletivo à saúde, a historicidade/temporalidade está intrinsecamente ligada a essas três funções. É o elemento que torna possível entender e explicar as razões pelas quais se atua de um modo e não de outro em uma determinada formação social (aspecto causal ou estrutural). Também, na medida em que os entendemos, eles nos capacitam a “interpretar” o conjunto de signos que recebemos e, conseqüentemente, nos capacitam a modificar e transformar o conteúdo de nossa ação (aspecto metamórfico). E, em terceiro lugar, é por meio dos signos que podemos intervir coletivamente na comunidade em que vivemos (aspecto interativo).

Em outras palavras, a partir da identificação de causas e da reconstrução dos acontecimentos que produzem demandas de serviços e assistência à saúde, o planejamento e o processo de elaboração e implementação das políticas públicas são explicados (aspecto causal ou estrutural), interpretados e criticados, especialmente quanto aos atos praticados pelos gestores de saúde ou pelo Poder Judiciário (aspecto metamórfico) e orientam intervenções coletivas, como deve ocorrer em relação aos resultados da Mediação Sanitária (aspecto interativo).

A ata da reunião, o termo de cooperação técnica, eventuais recomendações e até ações judiciais decorrentes do processo de Mediação Sanitária podem tornar-se signos culturais na medida em que sejam capazes de desencadear um processo emancipador, de transformação coletiva. Daí a importância da historicidade e do cuidado que se deve ter com a garantia de livre manifestação, especialmente dos representantes de grupos menos empoderados. Joaquín Herrera Flores distingue dois usos da memória, o literal, ou intransitivo, e o exemplar, ou transitivo.

La historia, el recuerdo, son algo vivo que hay que tener presente para poder vivir nuestras vidas cotidianas sin repetir los errores cometidos por nuestros antecesores y aprender que la esencia de lo humano es el constante cambio y transformación de lo que parece inmóvil e ineluctable. Como veremos mas abajo, el uso ejemplar de la

memoria consiste, primero, en introducir un significado nuevo en el acontecimiento del pasado; segundo, en posibilitar una nueva comprensión del presente; y, tercero, en plantear nuevos sentidos para la acción social, tanto en el presente como en el futuro. En este nivel, el acontecimiento se presenta como un hecho “transitivo”, pues nos permite conocer los orígenes de, y actuar consciente y creativamente en, nuestro presente.³¹⁰

O uso literal trata o passado de forma desvinculada do presente, não sendo utilizável para cumprir as três funções de toda reação cultural: explicar, interpretar e intervir no contexto de relações que constituem nossa realidade específica. Os fatos ocorridos são vistos, classificados e “arquivados”, não sendo utilizados para a tomada de decisões. Em reuniões ampliadas, é possível que várias experiências sejam reportadas, mas, no processo decisório, a seleção e eventual supressão de relatos deve atender a critérios que se harmonizem com a justiça visada. No limite, o uso literal da historicidade equivale à desconsideração absoluta do passado.

A outra forma de lidar com a memória é seu uso exemplar, que trata a história como algo vivo, que deve ser levado em conta para evitar a repetição de erros e o aperfeiçoamento do humano. As experiências negativas devem ser evitadas e, por tal motivo, investigam-se suas causas. O uso exemplar se dá com a interpretação do passado, com a possibilidade de atribuir-lhe significados novos, especialmente a partir do confronto de vários pontos de vista, do compartilhamento de experiências, da ampliação do conhecimento sobre os vários aspectos de uma situação complexa.

Utilizar a historicidade para a compreensão do presente é outra forma de expressão do uso exemplar da memória. As políticas públicas são elaboradas a partir de diagnósticos que levam em consideração as séries históricas, as repetições, as rupturas e desvios. A chegada do inverno, com queda de temperatura e os consequentes problemas respiratórios, principalmente em crianças, é prevista pelo gestor de saúde a partir dos eventos ocorridos em anos anteriores. Da mesma forma, as necessidades das gestantes e dos idosos, dos diabéticos e dos hipertensos, dos portadores de transtorno mental e dos adictos.

É a historicidade, com o uso exemplar da memória, que nos permite criar novos sentidos para a ação social, definindo novas ações para o presente e criando perspectivas de futuro. O ideal de saúde para todos, com dignidade, demanda intervenção coletiva em uma complexa rede de relações e só pode ser planejado com a valorização da experiência, a identificação das causas, o mapeamento das dificuldades que se repetem.

³¹⁰ HERRERA FLORES, 2005a, p. 214.

Voltando aos mapas, a historicidade também pode ser melhor definida por meio dos elementos cartográficos, a escala, a projeção e a simbolização. Nas grandes escalas, é possível mapear a evolução das questões coletivas de saúde nos últimos milênios, em vários recortes territoriais, ou na terra inteira. Egito, China, Índia, Grécia, Roma – para destacar os que se encontram mais fortemente ancorados em nosso imaginário – nos oferecem um conjunto de conhecimentos sedimentados a respeito da vida, das condicionantes e determinantes da saúde, da organização coletiva de instituições saudáveis. Reduzindo a escala, a evolução da saúde no Brasil, especialmente no último século, coloca-nos no contexto do SUS e de seu ato fundador, destacado pelo promotor de Justiça Gilmar de Assis na apresentação do projeto de Mediação Sanitária:

Toda essa concepção constitucional de um modelo único de saúde, sem precedentes no cenário mundial, teve sua origem a partir da década de 1980, por ocasião da redemocratização do País, através de um vigoroso movimento de reforma sanitária, com adesão de profissionais de saúde, docentes, estudantes, associações, dentre outros. A 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986, foi decisiva na consolidação dessas propostas, com influências diretamente na própria Assembleia Nacional Constituinte, portanto, na redemocratização brasileira.³¹¹

Nas reuniões de Mediação Sanitária, a escala se reduz ainda mais, determinando maior atenção à historicidade específica de uma determinada região, da investigação das formas como ali chegaram as políticas de saúde. Apesar da escala reduzida, que torna mais importantes os relatos locais, com o retrato de pessoas e instituições, no campo e na cidade, sujeitos a específicas condições ambientais, a historicidade sempre pressupõe a memória coletiva, que inclui a yoga e o *tai chi chuan*, a cruz vermelha e a enfermeira que pede silêncio. As escalas se sobrepõem, e se tornam mais visíveis na medida em que o presente convoca exemplos do passado: a memória exemplar.

Na reunião de Mediação Sanitária realizada na cidade de Divinópolis-MG, aos 20.11.2012, a definição de uma escala foi dada pelo coordenador da Central de Regulação Assistencial da Região Macro-Oeste, que definiu um território e nele demarcou uma série de problemas. A discussão contou com representantes de prestadores de serviços hospitalares situados nos 55 Municípios da região, reunidos para resolver problemas na organização das ações e serviços de saúde. Transcreve-se, da ata, a visão da autoridade sanitária responsável pela regulação assistencial:

DADA A PALAVRA PARA O COORDENADOR DA CENTRAL DE REGULAÇÃO ASSISTENCIAL DA REGIÃO OESTE, Cláudio Fernandes de

³¹¹ ASSIS, 2014, p. 201.

Castro, foi dito que a Região de Saúde ampliada Oeste, também conhecida como Macrorregião de Saúde Oeste, com sede em Divinópolis, possui 1.185.000 habitantes, abrangendo 55 (cinquenta e cinco) municípios. QUE pela baixa resolutividade dos problemas de saúde, notadamente da atenção primária e média complexidade, pelos próprios municípios, como, por exemplo, os pólos de microrregiões sanitárias, os problemas se avolumam consideravelmente, em forma de urgência e emergência, naquela Central de Regulação. QUE diariamente a Central de Regulação depara com cerca de 400 a 500 pacientes, cadastrados no SUSFácil, dependentes de acesso a leitos especializados. QUE na data de hoje há cerca de 419 pacientes cadastrados no sistema. QUE os procedimentos em ortopedia têm se constituído na maior parte dessas solicitações/cadastramentos no sistema. QUE hoje há 219 procedimentos em ortopedia, na fila, para serem atendidos pela Região de Saúde. QUE atualmente 65% da compra de leitos na Região se dá por força de ordem judicial, enquanto que 35% por necessidade clínica. QUE o município de Divinópolis é o campeão da judicialização da saúde, atualmente com 243 determinações judiciais, sendo que 95% delas originadas da Defensoria Pública Estadual.

Também a projeção – outro instrumento da redução cartográfica – auxilia a construção do mapa na Mediação Sanitária. Inevitável a seleção de dados, a consciência de que a distorção entre a realidade e sua posterior documentação, produzida pela memória viva dos atores e interessados, permite que seja controlado este processo, o que se dá a partir da definição de um centro – a vida digna – e dos valores que se busca garantir.

Planejada e monitorada a projeção que se deseja na configuração do mapeamento de um problema coletivo, torna-se possível identificar e retificar as distorções e escolher o enquadramento, fixando limites para a investigação. O espaço concedido a determinado ponto, na retrospectiva histórica, produz influência sobre a compreensão do problema e sua interpretação.

Quando surge um elemento novo, sua interpretação se dá a partir da memória que se tem em relação à situação pré-existente, e varia conforme a posição e os interesses daquele que relata. Em 2011, o Ministério da Saúde lançou um instrumento novo, o Contrato Organizativo da Ação Pública (COAP), definido como instrumento de gestão compartilhada que tem a função de definir a responsabilidade dos entes federativos no SUS, em determinada região. Discutido na reunião de Mediação Sanitária realizada em Barbacena, aos 17.10.2012, o COAP foi interpretado pelo presidente do Colegiado dos Secretários Municipais de Saúde de Minas Gerais (COSEMS/MG), Mauro Junqueira, à luz de institutos e elementos pré-existent. Na projeção adotada em seu discurso, a realidade é distorcida para a perspectiva municipal:

DADA A PALAVRA AO PRESIDENTE DO COSEMS/MG, Mauro Junqueira, dentre outros, ressaltou o seguinte: QUE concorda com a elaboração do COAP em Minas Gerais, contudo de forma organizativa, a partir das necessidades em saúde, não apenas da encampação da própria PPI. QUE os municípios têm sido os mais penalizados com a judicialização da saúde, sobretudo pelo Ministério Público, embora a própria Lei federal nº 8.080/90 aponta para a definição de responsabilidades entre os entes governamentais. QUE os municípios já não suportam mais essa tensão e assunção de responsabilização que não são suas, haja vista que investem na saúde pública a média de 22,5%, quando sua obrigação constitucional seria no mínimo de 15%. QUE a responsabilidade dos municípios é para com a atenção primária. QUE os municípios investem cerca de 70% do financiamento das Equipes Saúde da Família, enquanto que o Ministério da Saúde os outros 30%. QUE considera muito importante a ação institucional de Mediação Sanitária, sob a coordenação do Ministério Público, fato que coloca o COSEMS/MG na participação, sempre que possível, em cada delas. QUE há discussão na CIT (Comissão Intergestores Tripartite) quanto aumento dos repasses financeiros, para cada um dos municípios, relativo ao bloco da Assistência Farmacêutica. QUE, em Minas Gerais, essa parcela é de R\$ 2,50 a mais per capita. QUE há necessidade de maior incremento nos procedimentos de média e alta complexidade. QUE, nesse sentido, o município de São Lourenço possui apenas 4 (quatro) quotas de ressonância/mês.

Em ambos os retratos apresentados para destacar os dois primeiros elementos da cartografia – a escala e a projeção – está presente a simbolização. Na manifestação do médico regulador, a simbolização começa com a evocação da classificação da assistência em níveis, com referência à atenção primária e à média complexidade; os problemas na urgência e emergência; a Central de Regulação SUS-Fácil; as filas de usuários cadastrados e, com bastante destaque, o impacto da judicialização: “65% da compra de leitos na região se dá por força de ordem judicial”. No discurso do presidente do COSEMS/MG, os Municípios são apresentados como vítimas – os mais penalizados com a judicialização – e também como heróis, investindo a média de 22,5% de seus orçamentos nas ações de assistência à saúde. A simbolização passa também pela atenção primária, o Programa de Saúde da Família, a assistência farmacêutica e a dificuldade no atendimento da demanda por procedimentos de média e alta complexidades.

A simbolização apresentada por uma promotora de Justiça especializada em saúde contém outros elementos. A causa do problema é deslocada da judicialização para a desorganização do sistema, ou seja, na visão da promotora de Justiça Maria Lúcia Silva Dourado, da Comarca de Araxá, não é a judicialização que desorganiza a saúde, é a desorganização da saúde que causa a judicialização. O juízo foi emitido na reunião de Mediação Sanitária realizada no dia 22.05.2013, convocada com a finalidade de discutir os

principais problemas coletivos de saúde no município de Araxá. Outros elementos destacados foram a situação dos recursos humanos, a atuação da Vigilância Sanitária, a necessidade de intervenção policial para a garantia de atendimento em unidades de saúde e o funcionamento da Santa Casa.

A reunião foi aberta pela Promotora de Justiça, com atuação na Defesa da Saúde da comarca de Araxá, Mara Lúcia Silva Dourado [...] QUE considera importante essa reorganização das ações e serviços de saúde, de modo que as demandas individuais, muito recorrentes, possam diminuir, com reflexos para a judicialização. QUE tem uma grande preocupação com a desestruturação da própria Secretaria Municipal de Saúde de Araxá, resultando na falta de diálogo e tensão entre os diversos atores. QUE o Ministério Público tem tido uma agenda apertada na área da saúde, como ressonância dessa falta de qualificação do processo pela Secretaria Municipal de Saúde. QUE são muitas as ações individuais de saúde aportadas na Promotoria de Justiça, resultados dessa desorganização e ausência de políticas públicas efetivas coletivas. QUE a denominada judicialização tem sido inevitável. QUE não há sequer uma sintonia entre a Secretaria Municipal de Saúde e as demais pastas do governo municipal. QUE a SMS de Araxá tem atuado praticamente em face dessas demandas protocolares e não na lógica do planejamento e organização dos serviços. QUE há entre os próprios servidores públicos (efetivos e contratados) diferenças salariais com quebra do princípio constitucional da isonomia. QUE há considerável insatisfação desses servidores, com reflexos imediatos para a execução das ações e serviços de saúde. QUE o município não conta com plano de carreira, cargos e salários, aprovados em lei municipal, para seus servidores da área da saúde. QUE a atenção básica (primária) do município não funciona bem, com número insuficiente de equipes, com equipes incompletas, de modo a sobrecarregar imediatamente a atenção ambulatorial da urgência e emergência. QUE as demandas próprias das Unidades Básicas de Saúde (UBS) têm sido levadas diretamente para a atenção ambulatorial da urgência e emergência, elevando consideravelmente tensões e confrontos. QUE a atuação da Vigilância Sanitária é absolutamente insuficiente, sobretudo pela falta de adequado número de servidores. QUE há várias desconformidades sanitárias, apontadas pela Vigilância Estadual, nos diversos pontos de atenção da saúde, como, exemplos, o próprio Pronto Atendimento Municipal (PAM) e unidade de farmácia. QUE o PAM não possui servidores suficientes para cobertura mínima dos plantões. QUE há motivos técnicos (sanitários) suficientes para a imediata interdição do PAM. QUE devido a essa sobrecarga de atendimentos, o PAM não garante a suficiência dos atendimentos da população, gerando crescentes conflitos, inclusive, com registro de boletins de ocorrência policial. QUE há profissionais médicos com recebimento de salários em duplicidade, o que denota a existência de desorganização administrativa municipal. QUE há forte tensão e conflitos (recorrentes) entre os profissionais médicos de saúde e a administração municipal. QUE o município conta com prestador Santa Casa de Misericórdia. QUE esse prestador, hospital geral, está sob gestão dupla. QUE a dependência, sobretudo econômica, desse prestador com o município é muito forte. QUE esse importante prestador sempre trabalha com dificuldades, não obstante o razoável investimento público financeiro.

QUE esse prestador tem recebido importantes recursos financeiros para equipamentos de UTI, contudo, sequer possui estrutura predial própria. QUE os demais municípios da microrregião sanitária são diretamente afetados pela desorganização das ações e serviços de saúde de Araxá. QUE são recorrentes as ameaças de suspensão dos serviços de saúde pelo prestador Santa Casa de Araxá. QUE há atrasos no pagamento de seus profissionais de saúde. QUE há atraso na construção da UTI neonatal, mantendo os recursos financeiros já alocados sem movimentação. QUE o prestador Santa Casa não atende efetivamente as demandas dos usuários dos outros municípios da microrregião. QUE o município de Uberaba, sede da macrorregião de saúde, tem sido sobrecarregado com as demandas de saúde, sobretudo da média complexidade, da microrregião de Araxá. QUE a atenção psicossocial no município é muito precária, não obstante o crescimento vertiginoso dos casos agudos, sobretudo pelo maior consumo de drogas, como, exemplo, crack. QUE não tem conhecimento se o município de Araxá fez adesão ao programa federal de combate ao crack. QUE o município conta apenas com os serviços do CAPSad e CAPS II, contudo desfragmentados da lógica de uma rede de atenção psicossocial. QUE a vigilância sanitária já apresentou relatório de desconformidades dessas unidades de saúde mental, com funcionamento em espaços precários, insuficiência de RH, dentre outros. QUE o município de Araxá não possui governança sobre seus prestadores, haja vista que ainda detém a denominada Gestão Plena da Atenção Básica (GPAB), embora sede de microrregião de saúde. QUE o pedido de mudança de sua gestão para plena do sistema municipal (GPSM) foi feito ainda no ano de 2010, sem solução até presente momento.

As atas mostram como é forte o elemento historicidade/temporalidade na invenção do direito coletivo à saúde. O repertório individual, livremente exposto, e preservado por meio de adequado registro, amplia o conhecimento do grupo em relação aos problemas, fazendo-o em tempo real. A necessidade de expor faz com que cada um se ponha em contato com suas recordações pessoais, em contato com sua própria identidade, que se afirma durante a reunião de Mediação Sanitária. Abre-se o “espaço da memória” para que sejam resgatados os acontecimentos que deram origem à situação problemática e desobstruídos os circuitos de reação cultural, permitindo a invenção e a concretização do direito coletivo à saúde.

El recuerdo de quiénes somos y cómo nos relacionamos con los otros y con el entorno natural que nos acoge, supone la construcción de un espacio que podemos denominar como el “espacio de la memoria”: *el lugar donde asumimos una identidad personal*, que se manifiesta en la posibilidad de dar testimonio de lo ocurrido (yo era el que estaba ahí y puedo -y debo- contarlo); y *el lugar donde asumimos una identidad social*, manifestada en la necesidad teórica y política de recuperación de los acontecimientos que dieron origen a la configuración de relaciones en la que vivimos; configuración que siempre tiene su origen en algún conflicto social (toda institución –ya sea el Parlamento, la judicatura o el mismísimo matrimonio- tiene su origen en un conflicto previo al que se intenta regular desde los

parámetros culturales que dominan en la época de su surgimiento).³¹²

O exemplo da Mediação Sanitária serve como modelo para todas as formas de invenção do direito coletivo à saúde: audiências públicas, conferências de saúde, orçamento participativo, elaboração de políticas, etc. No repertório de elementos materiais, a historicidade/temporalidade se destaca por permitir o conhecimento das causas dos problemas, fomentar interpretações e suscitar intervenções orientadas para a garantia da vida digna.

Identificar e intervir nas relações sociais de produção

Da historicidade, passamos às relações sociais de produção. Se, no passado, as questões de saúde, inclusive na coletividade, concentravam-se na figura do xamã, do curandeiro, do médico, o desenvolvimento produz, de forma crescente, a repartição de competências e tarefas em equipes multiprofissionais. Embora persista, no Brasil, a cultura hierarquizada, com a figura do médico na posição superior, amplia-se cada vez mais o leque de especialidades daqueles que se dedicam às ações e serviços de saúde.

O rol cresce se forem considerados também os profissionais que se dedicam a atividades identificadas como determinantes e condicionantes da saúde: entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Na Mediação Sanitária, há espaço para todos. Especialmente se o objeto da discussão é o planejamento em saúde, no Município ou na região. Resolvidos os problemas com assistência, é natural que a comunidade mobilizada evolua para a discussão das causas, convocando mais e mais atores.

Confirmando que a invenção do direito coletivo à saúde é resultado da valorização dos elementos materiais, a identificação e a intervenção sobre as relações sociais de produção constitui elemento central do processo de Mediação Sanitária. A participação dos interessados, usuários, trabalhadores e gestores, públicos e privados, coloca em evidência a teia de relações que vinculam os actantes, suas posições e disposições.

No exame das relações sociais de produção, dois elementos podem ser colocados em destaque: as pessoas, nas respectivas posições, e o contrato, instituição fundamental para a definição de obrigações e direitos. A convocação dos vários atores para a busca de soluções

³¹² HERRERA FLORES, 2005a, p. 212.

para problemas coletivos permite que sejam melhor compreendidos os papéis representados por cada um e a rede de relações que a todos vincula.

O estudo da teoria dos contratos, e sua evolução recente, ajuda a compreender o que acontece nas relações sociais de produção. Na teoria clássica, a descontinuidade se apresentava como traço fundamental do contrato. Cada transação era considerada em separado, sem conexão com outras, a ela anteriores, contemporâneas ou subsequentes³¹³. Uma tal concepção de contrato não resolve os problemas atuais. Hoje a maior parte dos contratos são interligados e a responsabilidade é solidária, quando prevista em lei.

São várias as formas como os contratos se conectam. A mais simples é a cadeia de fornecimento, por meio da qual se pode desenhar uma linha que vai do produtor ao consumidor, por uma série de intermediários. É o caso da indústria farmacêutica, que produz o remédio e o entrega a um transportador, que o leva até um grande distribuidor, o qual, por sua vez, fornece o produto às farmácias e aos hospitais, onde será dispensado ao usuário. A cadeia é linear, vertical, e os atos jurídicos acontecem sucessivamente ao longo de determinado período de tempo, apresentando-se com frequência no fornecimento de produtos.

A rede funciona de modo diferente. Os vários distribuidores ou fornecedores devem agir de maneira coordenada, e os serviços “circulam” sem que exista transferência de domínio. Enquanto na cadeia os atos jurídicos são sucessivos, na rede a atuação é simultânea. Assim ocorre no SUS e também nos planos privados de assistência à saúde. O gestor público, tanto quanto a operadora de planos de saúde, funcionam como organizadores da rede, e sua atividade, nesse aspecto, consiste em selecionar e contratar profissionais e empresas para atender às necessidades do usuário.

Na execução do contrato, os serviços serão prestados pelo médico ou pelo hospital diretamente ao usuário e, simultaneamente, será cumprida a obrigação assumida por intermédio de contrato celebrado com o SUS ou com a operadora de plano privado de assistência à saúde. A prestação tem um destinatário imediato – o usuário do SUS ou o consumidor do plano de saúde – mas satisfaz a obrigação contraída com um terceiro – o gestor público ou a operadora de plano de saúde.

No SUS, grande parte dos prestadores de serviços são hospitais privados que vendem serviços para o setor público e se obrigam a prestá-los, gratuitamente, ao cidadão usuário. Muitos desses hospitais, nos dias atuais, funcionam como verdadeiros *shopping centers*, locando espaços para terceiros, pessoas físicas e jurídicas, que ali se instalam. Há

³¹³ MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 106.

terceirização nos serviços de laboratório, de lavanderia, de cozinha, de higiene e limpeza, de informática, etc. No corpo clínico, as formas de contratualização dos profissionais médicos é bastante diversificada. Alguns têm dedicação maior, e vínculo trabalhista, outros prestam serviços eventuais, ou esporádicos, regidos por diferentes conjuntos de regras.

Assim, no momento em que o médico atende o usuário do SUS, por exemplo, ele pode estar cumprindo um contrato que tem com uma cooperativa, que é contratada por um hospital, que por sua vez mantém contrato com o SUS. Assim, um único ato, praticado em uma rede contratual, resulta na execução simultânea de vários contratos. Muitos problemas coletivos decorrem de incongruências nas redes contratuais: o hospital assume compromissos com o SUS, mas não exige que os médicos que ali trabalham se comprometam com a execução daquele contrato. Também há casos em que o gestor recebe a remuneração pelos serviços prestados a usuários do SUS, mas não faz o pagamento dos profissionais médicos.

A falta de harmonia entre contratos, no formato de rede, tem sido identificada como um obstáculo para o acesso dos usuários aos serviços de saúde. O SUS contrata hospitais sem exigir que estes formalizem, com as pessoas e as empresas terceirizadas, as correspondentes obrigações. Na reunião de Mediação Sanitária realizada em Barbacena, o tema gerou produtiva discussão, que resultou na revisão das relações entre hospitais e respectivos corpos clínicos. A solução passou a ser adotada também em outras regiões. Com a participação de representantes do Conselho Regional de Medicina, a solução formalizou-se com a fixação de diretrizes para a reelaboração do Regimento Interno dos hospitais.

Presente na reunião, o Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais se responsabilizou em providenciar orientação, junto aos profissionais médicos do corpo clínico desses hospitais, com prazo de até 60 dias, quanto à (re)elaboração do seu Regimento Interno, em cada deles, de forma clara e precisa, com observância das seguintes diretrizes:

- a) o profissional médico responsável por cada uma das clínicas, no ambiente hospitalar, deverá apresentar ao seu Diretor Clínico escala de serviços de seus profissionais, no regime de plantão;
- b) na ausência dessa escala de serviços pelo responsável da clínica, o Diretor Clínico, em face de sua autonomia administrativa, será o responsável pela sua elaboração;
- c) assegurar a cada um dos pacientes/usuários, internados na respectiva unidade hospitalar, seu direito ao médico assistente, conforme normas do Conselho Federal de Medicina e Código de Ética Médica;
- d) assegurar a prestação de serviços ao SUS pelo profissional de saúde, cadastrado no CNES, integrante do corpo clínico da unidade hospitalar, de natureza filantrópica, desde que faça atendimentos privados e/ou planos de saúde; e)
- e) convencionar a possibilidade de indenização financeira pelo profissional médico, não integrado ao corpo clínico, com atuação nos atendimentos particulares e/ou planos de saúde, sem atendimento ao SUS, no ambiente hospitalar filantrópico, haja vista a origem dos insumos/equipamentos adquiridos com recursos públicos.

A Federação das Santas Casas e Entidades Filantrópicas de Minas Gerais (FEDERASSANTAS), no prazo de até 60 dias, expedirá ofício a cada um dos prestadores (hospitais) filantrópicos, conveniados ao SUS, da Região Centro Sul, orientando-os a (re)elaborar seu Regimento Interno, de forma clara e precisa, preferencialmente harmônico com o Regimento Interno do Corpo Clínico, observando, no que couber, as mesmas diretrizes constantes do item acima.

Na Mediação Sanitária realizada em João Monlevade-MG, no dia 10.08.2012, a convocação se deu visando evitar uma paralisação dos médicos pediatras que prestavam serviços ao SUS no Hospital Margarida porque o gestor municipal decidiu suspender os repasses financeiros para a cobertura do plantão médico no pronto socorro. Ao final, entre as deliberações, foi garantido o pagamento aos profissionais de saúde.

Foram deliberados consensualmente: 1) que o município de João Monlevade, através da Secretaria Municipal de Saúde e da Gerência Regional de Saúde de Itabira, no prazo de 10 (dez) dias, a contar do dia 13/08/2012, deverão apresentar um diagnóstico (relatório assistencial) para a SES/MG, com cópia para o Ministério Público da comarca de João Monlevade, com proposta de reestruturação/realocação dos serviços (pontos de atenção), inclusive, para os fins de se extinguir dupla porta de serviços concorrentes. Como ponto de partida, poderá ser aproveitado o recente diagnóstico feito pela mesma GRS de Itabira, agregando-se, nessa oportunidade, estudos sobre custo/viabilidade financeira, técnica, assistencial e utilidade, em face da sinalização de construção de uma UPA, tipo I, naquela base territorial, com credenciamento pelo Ministério da Saúde; 2) que o município de João Monlevade, através da Secretaria Municipal de Saúde, deverá, até o dia 13/08/2012, repassar os créditos financeiros, em atraso, em seu poder, devidos ao referido prestador, pela prestação dos serviços de saúde (contratualização), assim como os referentes ao PRO-Hosp, Subvenção ou outros. 3) o prestador hospital Margarida deverá, até o dia 14/08/2012, garantir o pagamento dos crédito sem atraso, devidos aos profissionais médicos, sobretudo pelos serviços prestados em regime de plantão no pronto socorro; 4) O Diretor Técnico do hospital Margarida, o CRMMG e a Associação Médica de João Monlevade comprometeram-se a levar as propostas para os profissionais de saúde, retomada da escala de plantão médico e resgate da credibilidade para a saúde na região, garantindo-se, assim, a manutenção das PPI's dos municípios adscritos à micro, bem como junto aos profissionais de saúde (contratados e a contratar); 5) O Ministério Público da comarca de João Monlevade deverá ser informado sobre o cumprimento dos pagamentos pela SMS ao prestador hospital e deste com relação aos profissionais médicos; 6) que uma nova reunião, de natureza técnica, apenas com os órgãos interessados diretamente, será oportunamente marcada para discussão e validação do diagnóstico, com proposta de reestruturação/realocação dos serviços (pontos de atenção) no município de João Monlevade.

Em João Monlevade, a discussão se deu a partir de um problema específico: a relação dos médicos com os hospitais. É um exemplo, no campo das relações sociais de produção, que reflete um quadro mais amplo nos sistemas de atenção à saúde. A atuação fragmentada, que se reflete na concepção fragmentada dos contratos, tem sido discutida e questionada ao longo do último século, em vários países, e as reações a este modelo produziram diversas experiências orientadas para a organização dos serviços em rede. Para a Organização Mundial de Saúde, as redes de atenção à saúde apresentam seis modos de integração: ações preventivas

e curativas; prestação de vários serviços em um ponto; continuidade na atenção à saúde; articulação vertical entre os vários níveis de assistência; coincidência entre a formulação da política e a gestão dos recursos; articulação intersetorial³¹⁴.

A apreciação e avaliação crítica das relações sociais de produção pode orientar-se pela avaliação de cada uma dessas dimensões da rede. Em primeiro lugar, a demanda por ortopedia, por exemplo, no serviço de pronto socorro, não sugere apenas a necessidade de mais médicos: a investigação das causas permite intervenções no sistema de controle de trânsito, visando evitar ou reduzir as lesões corporais provocadas por veículos automotores (prevenção/reparação); ainda na urgência, a atenção a situações de politraumatismo exige muitos serviços agregados em um único ponto (articulação espacial); os cuidados posteriores ao atendimento emergencial exigem que esteja em funcionamento o sistema de referência e contrarreferência, mecanismo de encaminhamento mútuo de pacientes entre os diferentes níveis de complexidade dos serviços (continuidade); os serviços de regulação assistencial funcionam na lógica de redes, organizando a distribuição das vagas disponíveis de acordo com as necessidades (integração vertical); a crescente judicialização da demanda por vagas para transferência de casos que demandam atenção especializada é um indicador de desconexão entre a política pública desenhada (em Minas Gerais, o programa SUS-Fácil, e sua implementação).

O sanitarista Eugênio Vilaça Mendes participou da concepção e da implantação de redes de atenção à saúde em vários Estados brasileiros e destaca, como elementos essenciais para o funcionamento dos sistemas de saúde, dois elementos: a população e a estrutura operacional. Primeiro, as pessoas, que constituem a razão de ser das redes de atenção à saúde; depois, a estrutura operacional organizada para atender às necessidades desta população: atenção primária, atenção secundária e terciária, sistemas de apoio, sistemas logísticos, sistema de governança de redes.

O primeiro elemento, a população, é visto como essência e a razão de ser das redes de atenção à saúde e, por essa razão, discute-se a atenção à saúde baseada na população. O segundo elemento é a estrutura operacional que se constitui de cinco componentes: a atenção primária à saúde, o centro de comunicação das redes; os pontos de atenção secundária e terciária à saúde, com destaque para os novos papéis a serem desempenhados pelos ambulatorios secundários e pelos hospitais, na perspectiva de redes; os sistemas de apoio: o sistema de apoio diagnóstico e terapêutico, o sistema de assistência farmacêutica e os sistemas de informação em saúde; os sistemas logísticos: o cartão de identificação das pessoas usuárias, o prontuário clínico, os sistemas de acesso regulado à atenção à saúde e o sistema de transporte em saúde; e o sistema de governança das redes, discutido em termos de

³¹⁴< http://www.who.int/healthsystems/technical_brief_final.pdf> Acesso em: 16.09.2015.

sua institucionalidade, de seus sistemas gerenciais e de seu sistema de financiamento.³¹⁵

Na revisão das experiências de formação de redes, o elemento comum é a constatação de que, historicamente, os serviços se organizam de forma fragmentada e, ainda hoje, quando há competição entre fornecedores, a articulação demanda maior esforço dos gestores que desejam articulação e integração dos serviços em um sistema único. Da experiência norte-americana, vale assinalar a constatação de que a integração dos sistemas permite que se observem três estágios: 1) funcionamento fragmentado e competição entre as unidades, 2) fusão, em busca de economia de escala e 3) integração vertical, com organização de um sistema³¹⁶. No Canadá, que também parte da experiência de fragmentação na assistência, as intervenções realizadas com o propósito de promover sua integração produziram resultados positivos: “o sistema baseado na necessidade do cidadão; a população adscrita por equipe de saúde; a integração da prevenção e da cura; a integração da saúde com a assistência social; a valorização da clínica e a criação de corredores de serviços”³¹⁷.

A experiência da Europa ocidental é a mais antiga e tem como marco o Relatório Dawson, produzido em 1920, com a orientação para os seguintes pontos: “a integração da medicina preventiva e curativa, o papel central do médico generalista, a porta de entrada na atenção primária à saúde, a atenção secundária prestada em unidades ambulatoriais e a atenção terciária em hospitais”³¹⁸. A maior articulação entre hospitais e serviços de atenção ambulatorial permitiu o fechamento de muitos hospitais e a introdução de tecnologias menos invasivas. A Espanha adotou planos de atenção integral estruturados a partir da atenção à população sadia, aos fatores de risco, ao diagnóstico e ao primeiro tratamento, e a França adotou redes para atenção a problemas como HIV/aids, drogadição, diabetes e hepatite C. Na crítica de Eugênio Vilaça Mendes, os obstáculos à implementação das redes na Europa ocidental decorreram de questões ideológicas, culturais e econômicas.

A introdução das redes foi feita com alguns limites: um limite ideológico por sua origem no sistema americano, um limite cultural pela tradição de fragmentação e um limite financeiro pela dificuldade de superar o pagamento por procedimentos.³¹⁹

A Organização Panamericana de Saúde tem estimulado a organização de redes na

³¹⁵ MENDES, 2009, p. 33.

³¹⁶ MENDES, 2009, p. 114.

³¹⁷ MENDES, 2009, p. 118.

³¹⁸ MENDES, 2009, p. 118.

³¹⁹ MENDES, 2009, p. 119.

América Latina, registrando-se experiências no Peru, na Bolívia, na Colômbia, na República Dominicana, no México e no Chile, cuja experiência é considerada como sendo a mais consolidada³²⁰. Há estudos sobre os vários sistemas, com identificação da fragmentação dos serviços e suas consequências e propostas para a implantação de redes nos países latino-americanos.

Na experiência brasileira, são destacados a criação de sistemas microrregionais de saúde no Estado do Ceará (2000), com o expresso objetivo de integrar o sistema público e superar as fragilidades da fragmentação, inclusive as decorrentes da municipalização ocorrida após o início da implementação do SUS. A cidade de Vitória (2001), no Estado do Espírito Santo, implantou sistema integrado na região de São Pedro; e a cidade de Curitiba, no Estado do Paraná, implantou uma rede temática de atenção à mulher e à criança, cujos resultados sugeriram diretrizes para a reflexão sobre as redes. Zulmira M. de Araújo Hartz e André-Pierre Contandriopoulos³²¹ propõem a criação de um “sistema sem muros”, o qual foi assim descrito:

[...] a integralidade da atenção é um eixo prioritário da investigação e avaliação dos serviços e dos sistemas de atenção à saúde, estruturados como redes assistenciais interorganizativas que articulam as dimensões clínicas, funcionais, normativas e sistêmicas, em sua operacionalização, reconhecendo que nenhuma organização reúne a totalidade dos recursos e as competências necessárias para a solução dos problemas de saúde de uma população, em seus diversos ciclos de vida. Torna-se, portanto, indispensável desenvolver mecanismos de cooperação e coordenação próprios de uma gestão eficiente e responsável dos recursos coletivos, a qual responda às necessidades de saúde individuais, em âmbito local e regional. Isso se fará por meio de um “sistema sem muros”, eliminando barreiras de acesso entre os diversos níveis de atenção – do domicílio ao hospital, especialistas e generalistas, setores públicos e privados – ligados por corredores virtuais que ultrapassem, de fato, as fronteiras municipais com vistas à otimização de recursos e ampliação das oportunidades de cuidados adequados.³²²

Se há objetivos gerais no processo de invenção do direito coletivo, é possível definir metas específicas no que diz respeito às relações sociais de produção. O propósito final é a realização da vida digna. Ou seja: a busca de um espaço sem muros, da identificação e substituição de relações hierarquizadas por relações de cooperação e da construção permanente do imaginário social instituinte, no qual as relações de poder estão visíveis, assim como as posições e correspondentes conflitos de interesses, mas os objetivos comuns mantêm a interrelação ativa e continuada dos atores que se comprometem em processos participativos

³²⁰ MENDES, 2009, p. 122.

³²¹ HARTZ e CONTANDRIOPOULOS, 2004.

³²² MENDES, 2009, p. 123.

e decisórios.

III.3.4 A posição do Ministério Público e sua disposição para a Mediação Sanitária

O exame das relações sociais de produção conduz à identificação dos dois elementos seguintes: posição e disposição. A invenção do direito coletivo, com o reconhecimento de sua complexidade sob vários aspectos, inclusive quanto às relações entre os interessados e intervenientes, pressupõe a identificação dos atores e dos vínculos que estabelecem o relacionamento entre eles a partir da posição que cada um ocupa na rede social e das correspondentes disposições, ou seja, das atitudes possíveis, que podem ou não estar em harmonia com a expectativa gerada a partir da posição ocupada.

O conflito se insere na própria exposição da dicotomia: posição/disposição. O secretário Municipal de Saúde ocupa a posição de gestor do sistema, responsável pela garantia de “saúde para todos, com dignidade”. Eventualmente, sua disposição pode ser outra, em decorrência de pressões e interesses que são exercidos em relação àqueles que ocupam posições em que há grande poder decisório. Assim, a disposição do gestor pode ser influenciada pelo interesse dos prestadores de serviços, interessados em explorar os serviços de saúde com a finalidade de lucro. Ou por interesses políticos, que geralmente se expressam em atitudes assistencialistas e na seletividade que distingue amigos e inimigos.

Na descrição das circunstâncias que deram origem ao processo de Mediação Sanitária, o promotor de Justiça Gilmar de Assis coloca a “cultura política”, com referência expressa à política partidária, como obstáculo à implementação do SUS. No modelo federativo adotado no Brasil, o Município constitui ente autônomo, e, por força de interesses partidários, nem sempre há disposição dos prefeitos para a união de esforços visando ao desenvolvimento regional. A partidarização contribui para que persista a fragmentação das políticas regionais, inclusive porque dificulta a apropriação individual dos resultados pelos governantes eleitos.

É frequente o discurso de políticos que sustentam abertamente a hierarquização, defendendo a discriminação dos usuários de outras cidades da região na organização do acesso aos serviços de saúde situados em seu território. No plano ideal, definido pela política pública e formalizado em atos administrativos, aquele prefeito é gestor de recursos de saúde pertencentes a uma população bem maior que a de seu Município. No caso dos serviços de oncologia, por exemplo, o credenciamento se dá à razão de um estabelecimento de saúde para

cada 500.000 habitantes³²³, de modo que o prefeito tem consciência de que administra recursos de saúde distribuídos a partir de uma base de cálculo que extrapola a população local. Tal circunstância, porém, é pouco conhecida, e o prefeito se posiciona como se sua responsabilidade fosse limitada ao atendimento das necessidades daqueles que residem no território do Município.

A posição do Ministério Público, resumida no encargo fixado pela Constituição brasileira quanto ao zelo pelo regime democrático, pelos interesses sociais e individuais indisponíveis e pelos serviços de relevância pública, está em harmonia com a disposição para trabalhar pela garantia de saúde para todos, com dignidade, pela implantação do SUS e pelo papel de mediador nas disputas entre Municípios, entre gestores de saúde, entre prestadores públicos e privados.

Recorda-se, a propósito, que o Ministério Público brasileiro assumiu posição em relação ao SUS após a *10ª Conferência Nacional de Saúde*, realizada em Brasília em setembro de 1996 com o tema “Saúde, cidadania e políticas públicas”. Entendeu-se que os gestores do SUS e os Conselhos de Saúde deveriam exigir do Ministério Público a defesa do SUS “e das demais políticas que atuam na ampliação e manutenção da qualidade de vida da população”, bem como a criação de Promotorias de Saúde, sugerindo algumas linhas para a ação institucional.

A cobrança formulada na *10ª Conferência Nacional de Saúde* foi o ponto de partida para a organização das Promotorias de Saúde e o crescente protagonismo da instituição na implementação do SUS. A posição figura no eixo conceitual – inscrita no texto constitucional que fixa os encargos do Ministério Público – e manifesta-se também na prática, com a instituição de Promotorias de Saúde e definição de suas atribuições. Até 1996, a atuação institucional foi bastante tímida. A disposição mudou a partir da provocação da *10ª Conferência Nacional de Saúde*, que estimulou a intervenção dos Promotores de Justiça, os quais passaram a ser provocados nos momentos de crise.

A disposição dos secretários municipais de saúde em relação ao Ministério Público mudou nos últimos anos. Logo após a *10ª Conferência Nacional de Saúde*, os gestores foram os primeiros a procurar o Ministério Público, buscando auxílio para o enfrentamento dos desafios da época. Hoje, com a crescente judicialização, muitos gestores questionam a atuação dos promotores de justiça, e com a Mediação Sanitária o relacionamento se tornou mais cooperativo. De qualquer forma, os interesses políticos sempre constituem obstáculo ao

³²³ Portaria SAS n.º 140, de 27.02.2014

“sistema sem muros”.

Voltando à década de 1990, em Minas Gerais a resposta institucional se deu por meio da Promotoria do Consumidor, que, na época, atuava em conjunto com a Vigilância Sanitária na busca de melhoria de qualidade de alimentos e medicamentos e enfrentava problemas com os planos privados de assistência à saúde, cuja regulamentação, ocorrida na época, tentava responder à crescente judicialização da saúde privada. Assim, com a provocação da *10ª Conferência Nacional de Saúde*, a Promotoria do Consumidor era a que se encontrava mais envolvida com as questões de saúde.

A ação concretizou-se na ação denominada Projeto Cidadania, cuja metodologia pode ser vista como um embrião das atuais reuniões de Mediação Sanitária. Fruto de convênio de cooperação celebrado entre o Ministério Público do Estado de Minas Gerais e a Secretaria Estadual de Saúde, a iniciativa visava facilitar a aproximação entre membros do Ministério Público e as instituições ligadas à proteção da vida e da saúde por meio de reuniões abertas nas quais as instituições se apresentavam e expunham seus propósitos e ações. Na linguagem aqui utilizada, apresentavam sua posição e suas disposições.

Em 1997, participaram do Projeto Cidadania 1.474 pessoas. Aos seminários e cursos foram 1.134. Nas reuniões com prefeitos municipais, em 13 cidades, estiveram presentes 340 autoridades locais. Principalmente em nível local, a troca de informações entre os participantes cresceu. E desse intercâmbio resultou um conhecimento claro da área de atuação de cada órgão. Entre os resultados imediatos, foram registrados os seguintes: realização de cursos específicos na área de alimentos promovidos pela Vigilância Sanitária, a pedido de muitos municípios; aumento superior a 300% nas reclamações individuais e denúncias apresentadas ao Instituto de Pesos e Medidas (IPEM); cooperação técnica informal entre Procons municipais, vigilância sanitária e IPEM; ações conjuntas da vigilância sanitária e defesa agropecuária.

A principal diferença entre as reuniões do Projeto Cidadania e as reuniões de Mediação Sanitária é que, naquele momento, o propósito se limitava a construir um imaginário comum a partir do compartilhamento das experiências entre órgãos da saúde, de proteção ambiental e do Ministério Público, entre outros. Os resultados vieram naturalmente, mas não existia o propósito de criar uma instância democrática, com caráter decisório. A ação era apresentada como tendo caráter educativo e institucional, em defesa da vida.

Com esse formato, as reuniões do Projeto Cidadania enfatizavam posições e disposições, oferecendo a oportunidade para que fossem melhor conhecidas, articuladas e integradas as políticas públicas executadas pelos diversos órgãos estatais e as ações da

sociedade civil. Na Mediação Sanitária, também são visualizadas as posições e disposições, mas o grupo dá um passo além, porque há intenção expressa de que os resultados se concretizem em decisões.

Espaços e práticas sociais: dois elementos esquecidos na Mediação Sanitária

Embora necessariamente presente, no processo de invenção do direito coletivo à saúde, o eixo espaços/práticas sociais não foi destacado nas atas de reunião da Mediação Sanitária. Ao lado do eixo posição/disposição, constituem dois elementos que também apresentam maior mobilidade no *Diamante Ético*, podendo figurar tanto no eixo material quanto no eixo conceitual. Quanto aos espaços, Joaquín Herrera Flores adverte que, no modelo proposto, não se trata de contextos físicos ou lugares, “mas sim de uma ‘construção simbólica’ de processos nos quais se criam, reproduzem e transformam os sistemas de objetos (os produtos culturais: teorias, normas, crenças...) e os sistemas de ações (as formas de reagir frente aos entornos de relações nos quais se vive)”³²⁴. São, portanto, espaços virtuais ou espaços simbólicos, que, não obstante isso, podem assentar-se em uma base geográfica.

Já as práticas sociais, também ausentes dos debates nas reuniões de Mediação Sanitária, são representadas pelas proposições, discursos e ações dos movimentos, das associações, das organizações não governamentais e também dos partidos e coalizões de partidos. Suas práticas serão relevantes para a invenção do direito coletivo à saúde quando relacionadas ao reconhecimento desses direitos e quando comprometidas com a emancipação.

No eixo conceitual, identificamos as teorias, os valores, as instituições e as narrativas que dão suporte ao objetivo de saúde para todos, com dignidade. Junto deles, caminham as práticas sociais que materializam estes ideais, em processos de luta comprometidos com o reconhecimento do direito coletivo à saúde e sua ampliação, orientada para a vida digna.

As poucas referências a esses dois elementos – espaços e práticas sociais – na Mediação Sanitária, sugerem algumas reflexões quanto à sua ausência e à conveniência de que sejam incluídos na pauta, nas discussões e nas decisões compartilhadas. Talvez as reuniões tenham ponderado a respeito desses elementos, mas a forma como foram redigidas as atas não os captou. Pode ser que tenham surgido, nas várias apreciações individuais a respeito dos problemas coletivos, mas não tenham sido considerados importantes para a solução das questões debatidas. Ou talvez tenham sido deliberadamente omitidos, por não terem sido considerados importantes ou, por outro lado, pelo risco decorrente de sua

³²⁴ HERRERA FLORES, 2009, p. 138.

abordagem, dada a relevância de seus efeitos para a invenção do direito coletivo à saúde.

Em avaliação superficial, a partir dos problemas de reiterada incidência na saúde coletiva, talvez os principais espaços simbólicos, no sistema de saúde brasileiro sejam: 1) a saúde da família, objeto de um programa que, mantido há décadas, é de fato uma política nacional de saúde; 2) a atenção básica, também conhecida como atenção primária, representada pelas portas de entrada do sistema; 3) os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), onde se dá o acolhimento dos portadores de transtorno mental e usuários de álcool, *crack* e outras drogas; 4) a Regulação Assistencial, que cuida de aspectos distributivos, especialmente quanto à administração das filas de espera e garantia da equidade em saúde; 5) a Vigilância em Saúde, com ações de vigilância sanitária, vigilância epidemiológica e ambiental.

É claro que o hospital e a rede hospitalar são, além de um espaço físico, um espaço simbólico importante na rede de assistência à saúde, e sua presença é permanente nas discussões travadas em Mediação Sanitária. Não se trata, porém, do único espaço. Nem pode ser considerado o mais importante para a invenção do direito coletivo à saúde. Basta observar que a Europa ocidental, na medida em que foi capaz de enfrentar a fragmentação do sistema, conseguiu humanizar a atenção reduzindo o número de hospitais. O ideal, na saúde coletiva, é o pleno funcionamento das ações preventivas, evitando danos à saúde individual.

A ênfase no hospital é característica do modelo morbo-cêntrico, que, agigantado pelo volume de interesses que atende, não permite a discussão e o aperfeiçoamento de outros espaços. Enquanto a saúde da família é um espaço de humanização, com intensiva utilização de recursos humanos, o hospital é cada vez mais dominado pela tecnologia que coloca o trabalhador a seu serviço. Na saúde da família, há uma equipe, composta por médico, enfermeiro, auxiliares de enfermagem, agentes comunitários de saúde, cirurgião-dentista, auxiliar de consultório dentário ou técnico de higiene dental, que entra em contato direto com o usuário e sua família. Literalmente, entra em sua casa. No hospital, o valor agregado está no uso da tecnologia, fomentando a formação de médicos que se especializam na leitura de imagens e desvalorizando a clínica, a semiologia, a relação médico-paciente como elemento do processo de cura.

Observação semelhante serve para a atenção primária, a porta de entrada do sistema, que distribui os medicamentos, realiza as campanhas de vacinação, atende as gestantes, durante o pré-natal, acompanha as crianças em seus primeiros anos de vida, etc. Embora 80% dos problemas de saúde sejam resolvidos na atenção primária, os problemas que ali ocorrem não têm a mesma repercussão que os ligados a hospitais. Nota-se que as atas de muitas

reuniões de Mediação Sanitária incluem, na pauta inicial, os problemas da atenção básica. Depois, nas discussões, o tema desaparece, talvez não chegue a ser tratado porque as questões hospitalares consomem todo o tempo disponível.

Quanto às práticas sociais, as indagações são semelhantes. Pergunta-se a respeito das razões de sua ausência e sobre a conveniência de que sejam incluídas na pauta, nas discussões e nas decisões compartilhadas. E o questionamento nos leva de volta às observações lançadas na revisão dos processos de luta que conduziram à concepção da saúde como direito, à proposta de instituição de um sistema único de saúde, ao valor atribuído à atenção integral, à descentralização e à participação da comunidade, etc. Os grandes processos de luta são conhecidos, bem como o protagonismo de profissionais de saúde e usuários na 8ª *Conferência Nacional de Saúde*.

Ao lado da grande luta acontecem, em toda parte, no cotidiano das pessoas, das famílias e das coletividades, outros tantos processos de luta. Aliás, a mobilização e o conteúdo das propostas que deram origem ao SUS é fruto dessas lutas, das dificuldades enfrentadas no acesso individual e coletivo à saúde. O modelo não foi copiado de outros países, nem obra de ficção, imaginada a partir de abstrações. O SUS tem seus alicerces em elementos materiais, nos conflitos que envolvem forças produtivas e relações sociais de produção; historicidade e desenvolvimento, posições e disposições, espaços e práticas sociais.

A força das práticas sociais poderá dar mais força à Mediação Sanitária à medida que for ampliada a representatividade dos protagonistas, estimulando a participação dos usuários, reforçando suas identidades e validando suas necessidades. A lei que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS determina que a representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos³²⁵.

Também os trabalhadores da saúde – especialmente aqueles que trabalham nos programas de saúde da família e estão presentes na residência do usuário, conhecendo, melhor do que ninguém, suas condições de vida – podem contribuir muito para a produção de melhores resultados. Na convocação, podem ser incluídos os praticantes da medicina tradicional, as chamadas Práticas Integrativas e Complementares, cuja atividade foi institucionalizada por meio de Portaria do Ministério da Saúde³²⁶, que trata da medicina tradicional chinesa (acupuntura), da homeopatia, das plantas medicinais e da fitoterapia, do

³²⁵ Lei n. 8.142, de 28.12.1990.

³²⁶ Portaria MS n.º 971, de 3 de maio de 2006.

termalismo social/crenoterapia, com a definição de diretrizes para seu fortalecimento e incorporação.

III.3.5 O conceito central: saúde para todos, com dignidade

Os elementos materiais, na hipótese aqui desenvolvida, constituem a base para a invenção do direito coletivo à saúde. Sustenta-se que o excesso de atenção aos elementos conceituais constitui uma das causas da demora na realização da promessa da *Conferência de Alma-Ata* – saúde para todos – e da completa implementação de um sistema único de saúde no Brasil. As formulações abstratas, ainda que racionais, coerentes e lúcidas, são insuficientes para produzir as mudanças necessárias ao projeto emancipador, comprometido com a vida digna.

Não obstante isso, a volta aos elementos conceituais é necessária. Sempre necessária. O funcionamento dos circuitos de reação cultural se dá por meio da alternância: elementos materiais / elementos conceituais. A partir da realidade (elemento material) são formuladas as teorias (elemento conceitual), que orientam as intervenções na realidade (elemento material), as quais provocam mudanças que sugerem novas criações (elemento conceitual).

As teorias são elaboradas a partir de problemas concretos, vivenciados repetidas vezes ao longo da história. O problema acontece quando a teoria se desprende da realidade, em processo de abstração, apresentando-se como algo distinto da rede de relações sobre a qual incide. As teorias, as instituições, os valores e as narrativas são interpretadas de forma diferente quando impregnadas de realidade. Daí a exortação de Joaquín Herrera Flores, que invoca a necessidade de uma teoria impura, contaminada de realidade:

Contra essas abstrações (que têm, obviamente, objetivos de justificação da ordem de dominação existente), nós pretendemos construir uma teoria que, abandonando as purezas e as idealizações (de um sistema de relações sociais e de uma única forma de entender os direitos), aposte numa concepção materialista da realidade. Em outras palavras, desejamos uma teoria que fixe uma forma de conceber o nosso mundo como um mundo real, repleto de situações de desigualdades, de diferenças e disparidades, de impurezas e mestiçagens que nunca devemos ocultar sob qualquer “véu de ignorância”. Para nós, somente o impuro – o contaminado de contexto – pode ser objeto de nossos conhecimentos.³²⁷

Assim, os elementos conceituais não são descartados, nem considerados menos importantes do que os elementos materiais. O que se propõe é a leitura contextualizada,

³²⁷ HERRERA FLORES, 2009, p. 86.

contaminada de contexto, que gera a interpretação e consequentes intervenções de forma comprometida com a emancipação, com a vida digna. A Mediação Sanitária não deixa de lado os elementos conceituais. Eles estão presentes, inclusive porque impressos no imaginário daqueles que participam das reuniões. A formação jurídica brasileira privilegia a abstração, o estudo da norma – em sua dimensão geral e abstrata – em prejuízo do estudo de casos e da investigação do contexto, com seus elementos materiais. Como consequência, tanto os juristas quanto os não juristas trazem a visão idealizada do sistema normativo e apresentam discursos repletos de abstrações. Apesar disso, como a Mediação Sanitária se desenvolve a partir do estudo de casos para a busca de soluções que conduzam à invenção do direito coletivo à saúde, é possível identificar a predominância desses elementos materiais, conforme demonstrado.

Como os elementos conceituais já foram ponderados durante a discussão inicial, e contribuíram para a compreensão da saúde e do direito como processos culturais, limita-se este ponto a mostrar de que forma figuram os elementos conceituais nos processos de invenção do direito coletivo à saúde, utilizando-se a experiência da Mediação Sanitária.

Na avaliação crítica do Plano Nacional de Atuação do Ministério Público, identificamos a presença das teorias a partir da visão da saúde como direito de todos e dever do Estado e os princípios da integralidade, universalidade e gratuidade definidos pela Constituição brasileira de 1988. Seguindo o mesmo processo, o ato que criou a Mediação Sanitária contém uma base teórica, que se expressa em sua exposição de motivos. A Resolução PGJ n.º 78, de 18.09.2012, começa exatamente por este conceito – saúde é direito de todos e dever do Estado – e segue definindo um arcabouço teórico que pode ser reconstruído a partir de textos normativos, decisões judiciais e algumas práticas. A simples leitura da exposição de motivos interpretada como elemento conceitual, que orienta a Mediação Sanitária, é autoexplicativa:

CONSIDERANDO configurar a saúde direito de todos e dever do Estado (art. 196 da Constituição Federal), serem de relevância pública as ações e serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS (art. 197 C.F.), bem como que compete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 C.F.), constituindo função institucional zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública (ações e serviços de saúde) aos direitos assegurados na carta federal, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (artigo 129, inciso II, da C.F.);

CONSIDERANDO que a saúde, na forma do artigo 6º, da Constituição Federal, é um direito social fundamental, de aplicação imediata, portanto, indissociável do primado do direito à vida e do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana;

CONSIDERANDO os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como da redução das

desigualdades sociais, promovendo o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, de modo a construir uma sociedade, livre, justa e solidária (artigo 3º, da Constituição Federal);

CONSIDERANDO o Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em Saúde Pública, aprovado pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União - CNPG;

CONSIDERANDO o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, na Audiência Pública nº 04, de abril de 2009, sob sua coordenação, da relevância da saúde para a garantia de uma vida digna à população brasileira; bem como da necessidade permanente das discussões das questões relativas às demandas judiciais que objetivam o fornecimento das prestações de saúde, de forma a assegurar a sustentabilidade e gerenciamento do SUS;

CONSIDERANDO a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dirigida aos Tribunais, com o escopo da adoção de medidas que melhor subsidiem os magistrados e demais operadores de direito, de modo a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde;

CONSIDERANDO a Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e a prevenção de novos conflitos;

CONSIDERANDO os graves desafios na implementação da política pública de saúde, em face da proposta constitucional da universalidade e integralidade das ações e serviços de saúde, sobretudo pela especial geografia do Estado de Minas Gerais, com suas diversidades sociais, culturais, econômicas e epidemiológicas;

CONSIDERANDO o reconhecimento uníssono, sobretudo pela comunidade jurídico sanitária, no tocante ao alto grau de especialização e complexidade na inteligência e execução do Direito Sanitário, posto que suas normas são preponderantemente administrativas, sem uniformização e editadas pelas diferentes autoridades da esfera federal, estadual e municipal;

CONSIDERANDO que a criação de um espaço democrático, compartilhado pelos diversos atores, jurídicos e não jurídicos, públicos e privados, das diferentes esferas, com atuação funcional no direito à saúde, legitima as soluções das demandas em saúde, bem como reduz significativamente o fenômeno da judicialização da política pública da saúde, [...]

O enunciado evoca teorias em torno das concepções de direitos fundamentais, serviços de relevância pública, forma republicana, objetivos da República brasileira, princípio da eficiência, diferenças regionais, culturais, econômicas e epidemiológicas, uniformização de jurisprudência, democracia e políticas públicas. Por essa técnica, as teorias não são explicitadas e, como consequência, eventuais barreiras ideológicas não se colocam como obstáculo à participação. Significativamente, a exposição de motivos não reproduz a compreensão de saúde como direito subjetivo público – o que já foi expressamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal – preferindo mencionar a qualificação como direito social.

No que diz respeito aos valores, a Exposição de Motivos destacou em seus últimos

tópicos os valores estabelecidos na Constituição brasileira em relação ao SUS: integralidade, descentralização, participação da comunidade, universalidade e gratuidade. A tendência à abstração, também presente nas manifestações processuais do Ministério Público e nas decisões judiciais, coloca em destaque outros valores: ordem jurídica, direitos indisponíveis, relevância pública, dignidade da pessoa humana, “sustentabilidade e gerenciamento do SUS”, “eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”.

A prática da Mediação Sanitária, em si, coloca em destaque a democracia, como valor, na medida em que estimula a instauração de processos decisórios compartilhados, especialmente para a solução de problemas coletivos em escala regional. Trata-se de um território sobre o qual cada Município e respectivos poderes goza de autonomia e pode recusar-se a aderir a soluções regionais. A solução se dá por meio da visibilização do problema, em discussões públicas, que empoderam grupos marginalizados e excluídos e propiciam o compartilhamento dos processos decisórios. Parafraseando Agnes Heller, o “bom cidadão” tem o dever de ajudar as pessoas na identificação de suas próprias necessidades.

Pessoas podem não ser capazes de expressar necessidades devido a restrições legais, falta de educação, falta de organização ou falta de acesso à esfera pública. O bom cidadão pode ajudar tais pessoas, falando em seu nome. Mas se o bom cidadão não faz mais do que isso, ele falha em demonstrar a virtude adequada do cidadão. Pode-se demonstrar a virtude do cidadão ajudando aqueles que necessitam falar, entrando em discurso com eles, descobrindo suas necessidades, seus valores, ajudando-os a engajar a esfera pública na sua. O bom cidadão não substitui seus valores por aqueles de pessoas e grupos cujas necessidades desejam reconhecimento, ou não são completamente reconhecidas, mas, ao contrário, demonstram solidariedade para com elas.³²⁸

Das tarefas outorgadas ao Ministério Público pelo constituinte, a defesa do regime democrático é talvez a mais difícil. Não somente porque foram escassos, na história do Brasil, os períodos de liberdade e as possibilidades de participação cidadã, mas, principalmente, porque são muitos os inimigos da democracia – inimigos invisíveis, inseridos em uma cultura autoritária e excludente. Sustenta-se que o regime é incompatível com o crescimento econômico e o desenvolvimento, que exigiria decisões rápidas; que as pessoas não estão preparadas para debater e decidir; que a democracia é o reinado dos desejos ilimitados dos indivíduos, os quais querem que todos sejam iguais e se respeitem todas as diferenças.

Para o Ministério Público, a atuação deve ser permanente, porque o regime democrático foi o escolhido pela Constituição. Depois, porque a experiência mostra que não

³²⁸ HELLER, 1998, p. 362.

há como garantir efetividade aos direitos positivados sem cidadania ativa. Os grupos que lograram melhor organizar-se conquistaram acesso a bens, inclusive por meio do Ministério Público. O exercício do poder pelos representantes eleitos é importante, mas não é suficiente para garantir a justa distribuição dos resultados sociais, benefícios e custos. Necessária, portanto, uma maior atuação do Ministério Público no fortalecimento da democracia direta por meio do fortalecimento dos conselhos de direitos, das audiências públicas, da ampliação da parceria com os movimentos sociais e agora também por meio da Mediação Sanitária.

O aperfeiçoamento da democracia demanda trabalho permanente porque os canais de participação direta estão bloqueados e, em alguns casos, nem sequer existem. Na democracia, ninguém pode identificar-se com o próprio poder. A construção de instituições democráticas pressupõe a criação de espaços para o debate permanente e o compartilhamento do processo decisório. No estudo sobre os valores que orientam o SUS, o sanitarista Ruben Araújo de Mattos observa que, embora a opção consagrada pela Constituição brasileira se oponha ao modelo hegemônico, que defende a privatização da saúde, há consenso em relação à descentralização e à participação popular:

É, pois, evidente o contraste entre a posição brasileira e a posição defendida, por exemplo, pelo Banco Mundial. Mas não deixa de ser interessante registrar que, embora concebidas com perspectivas contraditórias, a proposta universalista expressa na Constituição brasileira e algumas propostas mais restritivas (como a defendida pelo Banco Mundial nos anos noventa) partilham de algumas diretrizes comuns: a defesa da descentralização e da participação popular.³²⁹

O último componente do eixo conceitual são as narrativas. Próxima da historicidade, que integra o eixo material, as narrativas decorrem da capacidade humana de definir, criativamente, as coisas e as situações, produzindo metáforas e ficções que nos dizem como participar das relações sociais. É a capacidade de criar mundos, muitas vezes obstruída pelo imperialismo cultural. O modelo proposto por Joaquín Herrera Flores situa as narrativas entre as posições e disposições e a historicidade, e encontra-se expressa em textos de ficção, filmes, peças de teatro, músicas, imagens, “que nos transmitem, por exemplo, a mensagem de que o meio ambiente é necessário; que a propriedade privada é a melhor forma de propriedade; que tal pessoa é boa ou é má, culta ou inculta, desenvolvida ou marginalizada”³³⁰.

Nos direitos humanos, por exemplo, é significativo o papel do romance *Júlia ou A*

³²⁹ MATTOS, 2006, P. 40.

³³⁰ HERRERA FLORES, 2009, p. 127.

nova Heloísa (1761), de Rousseau. Publicado um ano antes do *Contrato Social*, converteu-se em signo cultural ao popularizar as ideias do filósofo: foram dez edições em inglês e cento e quinze edições francesas entre 1761 e 1800. Lynn Hunt avalia que *Júlia ou A nova Heloísa* ensinava aos leitores “nada menos que uma nova psicologia e nesse processo estabelecia os fundamentos para uma nova ordem política e social”, apresentando a ideia de que “todas as pessoas são fundamentalmente semelhantes por causa de seus sentimentos íntimos”, criando um senso de igualdade e empatia³³¹.

No cinema, alguns filmes contêm narrativas que influenciam positivamente a invenção do direito coletivo à saúde. *Erin Brockovich: Uma mulher de talento* (2000), dirigido por Steven Soderbergh, mostra a construção de um caso de direito coletivo que envolve saúde e meio ambiente. O descarte inadequado de lixo tóxico pela empresa Gas & Electric Company Pacific causa contaminação nos moradores do bairro vizinho. A narrativa, baseada em fatos gerais, contribui para a conscientização a respeito das consequências da destinação inadequada de resíduos sólidos e mostra, passo a passo, a mobilização da comunidade atingida e as dificuldades de se chegar a consensos e conduzir ações coordenadas.

Mais recente, o longa-metragem *Clube de Compras Dallas*, dirigido por Jean-Mark Vallée, retrata a luta do eletricista texano Ron Woodroof, diagnosticado com aids, em 1986, que enfrentou os órgãos reguladores norte-americanos na busca de acesso a medicamentos. O caso ocorreu na época em que a epidemia começou a espalhar-se com maior visibilidade e os meios de tratamento disponíveis eram escassos. Suscita debates em vários níveis, desde as questões de discriminação e exclusão de usuários e enfermidades, à própria atuação da regulação estatal e seus limites.

Talvez por força do objetivo prático, consistente em qualificar-se como processo decisório em questões coletivas de direito à saúde, são escassas as narrativas na Mediação Sanitária. Ou, pelo menos, a narrativa ficcional, nos moldes ilustrados. Apesar disso, trata-se de elemento importante para o fomento da capacidade criativa e o reforço de outros elementos.

Esa capacidad de pensar y crear “mundos que no son este mundo” y que dichos mundos, dichas creaciones tengan una eficacia real transformando las relaciones en las que nos encontramos insertos, es la esencia del proceso cultural y desde esa capacidad vamos accediendo —o lo que es lo mismo, reaccionando— ante la realidad. Ver lo cultural como proceso cultural de humanización, supone definirla, por tanto, desde las diferentes formas que va asumiendo ese proceso de reacción creativa frente a las relaciones sociales que dominan en un momento histórico concreto. En ese proceso creativo, las diferentes formas de literatura, de narraciones, de símbolos,

³³¹ HUNT, 2009, P. 38.

de creencias, de organización institucional, etc., no tienen más objetividad que la que les otorgamos los seres humanos en nuestra complicada y continua interrelación con los contextos de relaciones que nos empujan a producir productos culturales; por eso, tales producciones no pueden ser entendidas de un modo fijo, como si fueran “cosas” inamovibles, sino como un conjunto de metáforas, de imágenes de las que nos servimos para explicar, interpretar e intervenir en la realidad en que nos movemos.³³²

Espaços de encontro, a primeira invenção na busca do direito coletivo

A Mediação Sanitária tem se mostrado uma experiência bem-sucedida, que cumpre os propósitos para os quais foi criada e prova que é possível acreditar na materialização do compromisso constitucional: saúde para todos, com dignidade. No campo do direito, aprimora-se uma ação que evita a judicialização excessiva e permite a construção de soluções para complexos problemas coletivos por meio de práticas democráticas nas quais se concretiza o compartilhamento dos processos decisórios.

Conforme sugerido ao longo de todo o trabalho, as questões de justiça distributiva não são adequadamente resolvidas com a metodologia utilizada para a solução de problemas individuais, que a técnica jurídica reduziu a tipos que permitem a atribuição de direitos subjetivos individuais. A dimensão coletiva do direito à saúde coloca em evidência seu aspecto distributivo, mormente em face do princípio da universalidade. Parte significativa da dificuldade enfrentada na tutela coletiva de direitos é a necessidade de sua invenção, renovada a cada caso, em face da complexidade do suporte fático. A técnica de redução da realidade a tipos, utilizada na solução de problemas envolvendo contratos, responsabilidade civil e penal, não se presta ao enfrentamento de situações novas e complexas, atingindo grupos e bens coletivos.

Quanto ao direito subjetivo individual, recorda-se que também ele foi inventado, no bojo de processos culturais, com finalidades práticas. A redução e a sistematização, que produziram as grandes codificações, principalmente a partir do século XIX, foram ferramentas utilizadas pelo direito para a solução de problemas que começavam a massificar-se. Antes, no direito romano, funcionavam os precedentes escolhidos pelo pretor, ao menos até a codificação de Justiniano, que recolhe a experiência milenar colecionando juízos emitidos em reiterados casos concretos.

Os casos coletivos não cabem nesses tipos, exigindo o retorno à valorização e ponderação dos elementos materiais para a solução dos problemas. São os elementos

³³² HERRERA FLORES, 2005a, p. 166.

materiais que vão apontar as diretrizes para a interpretação do direito positivo aplicável, caso a questão venha a ser judicializada.

Ao privilegiar os bens, e a garantia de acesso, conforme definido pela fórmula “saúde para todos, com dignidade”, a interpretação do direito nasce contaminada de realidade, e comprometida com processos emancipadores. Daí a necessidade de compreensão da saúde e do direito como processos culturais, da apreciação dos circuitos de reação cultural e do cuidado com os processos ideológicos, que tentam bloquear as reações daqueles que são marginalizados ou excluídos no acesso às ações e serviços de saúde.

O Ministério Público recebeu a missão constitucional de zelar pelo regime democrático, pela garantia dos direitos fundamentais e pelo respeito, dos serviços de relevância pública, aos direitos constitucionalmente assegurados. O papel de mediador, nas questões coletivas, encontra fundamento na Lei Maior. Mas também é explicado pelo contexto fático que permanece em evolução. A maior parte dos Municípios, devido à sua reduzida população, não tem escala suficiente para manter serviços especializados de atenção à saúde; necessitam articular-se com seus vizinhos, organizando redes de assistência, mas enfrentam dificuldades para fazê-lo. Os governos estaduais e o governo federal também atuam, com o mesmo propósito, criando políticas e oferecendo incentivos financeiros, mas sabem que estão longe de resolver os problemas coletivos.

As políticas formuladas pela União funcionam bem em algumas regiões, relativamente bem em outras, e não funcionam em muitos Municípios, apesar dos incentivos e sanções. Daí, mais uma vez, a reflexão sobre a necessidade de invenção do direito coletivo, com adequação das políticas públicas às realidades de cada região. Nisso consiste a invenção: construir, coletivamente, o mapa das ações e serviços de saúde, dos fatores determinantes e condicionantes da saúde, identificar os obstáculos, gargalos, situações de discriminação e exclusão, e envolver a todos – prestadores de serviços e usuários – no processo decisório.

Em outras palavras, busca-se a expressão do pluralismo jurídico na implementação dos direitos humanos, oferecendo condições para que o sujeito histórico-cultural possa expressar-se, participando da produção normativa. Sua força, conforme observa o professor Antonio Carlos Wolkmer, decorre da ineficácia das instâncias legislativas e jurisdicionais para lidar com a complexidade dos conflitos globalizados:

É desse modo que o conceito histórico-cultural de ‘sujeito’ está, mais uma vez, associado a uma tradição de utopias revolucionárias, de lutas e de resistências. Num cenário de exclusões, opressões e carências, as práticas emancipadoras das novas identidades sociais (múltiplos grupos de interesses, movimentos sociais, corpos intermediários, redes de intermediação, ONGs) revelam-se portadoras potenciais de recentes e legítimas formas de fazer política, bem como fonte inovadora e plural de

produção normativa.³³³

Nesse sentido, destaca-se a criação de espaços de encontro como primeiro passo para a invenção do direito coletivo à saúde. A Mediação Sanitária tem ido muito além, construindo soluções para problemas complexos e estimulando maior participação nos processos decisórios. O ponto de partida, porém, que serve como modelo para outras iniciativas que busquem meios para explicar, interpretar e intervir em problemas coletivos, é a criação do espaço de encontro.

O espaço do encontro é onde acontece, em primeiro lugar, a criação de um imaginário social instituinte, aberto a todos que queiram a participar de importantes decisões em relação à saúde coletiva. Um espaço no qual todos se disponham a ouvir a criança e o idoso, as gestantes e os índios, os homossexuais e os negros, o morador de rua e o encarcerado, o faxineiro e o médico.

O espaço do encontro é lugar de construção do imaginário ambiental sócio-bio-diverso. O lugar onde são expostas as causas dos problemas de saúde. Onde se discutem a mobilidade urbana e a poluição, os acidentes com motocicletas, pedestres e passageiros de automóveis, a qualidade da água, sua oferta e saneamento; a disposição final do lixo e a coleta seletiva; a produção e a disponibilidade de alimentos, a produção limpa e o uso do poder de compra do consumidor para coibir abusos no mercado.

O espaço do encontro é o lugar de construção do imaginário radical. Onde cada um se conhece, se identifica, e pode se reinventar. É o lugar onde cada um pode refletir sobre sua responsabilidade pessoal em relação à própria saúde, sua alimentação, prática de exercícios, lazer, higiene. No espaço do encontro é que se desenvolve, relacionalmente, a capacidade pessoal de inventar e reinventar mundos.

Na justiça coletiva, os paradigmas substituem os tipos na construção do direito justo

O *Diamante Ético* aplicado à Mediação Sanitária oferece-nos um método de cognição apropriado à explicação, interpretação e intervenção adequado para situações complexas como as que envolvem o direito coletivo à saúde. Elaborado o diagnóstico, com a construção coletiva de um mapa que permita identificar os principais problemas e suas causas, torna-se possível criar soluções e definir as ações correspondentes. Neste ponto, retornamos aos paradigmas da decisão judicial, discutidos na primeira parte, no bojo da busca de critérios de

³³³ WOLKMER, 2008, p. 192.

justiça para casos difíceis, e identificados nas decisões judiciais e nas manifestações do Ministério Público.

Na metodologia utilizada para a solução de conflitos bilaterais, o direito se vale dos tipos, que descrevem hipóteses e fixam consequências. No direito coletivo, inventado a partir das investigações complexas, os fatos não cabem nos tradicionais tipos, e as consequências, na falta de norma expressa, serão fixadas, pelo direito brasileiro, “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”³³⁴.

Ganham importância, neste ponto, os paradigmas da decisão, os quais se prestam à solução de situações não previstas expressamente na lei e orientam a interpretação dos dispositivos legais, especialmente quando aplicados por analogia. Se o *Diamante Ético* foi útil para o diagnóstico do problema e a construção do mapa, com a vida digna ao centro, os paradigmas fornecem o caminho para as decisões.

Assim, sob o paradigma do acesso aos bens, temos que, identificadas situações de exclusão, a interpretação dos dispositivos legais nos casos individuais é predominantemente marcada pela garantia da provisão da ação ou serviço de saúde negados. A invenção do bem coletivo exige investigação mais ampla e a busca de soluções que permitam a garantia de acesso a todos. No plano constitucional, a garantia da saúde, como direito de todos, interpreta-se juntamente com o dispositivo que fixa, entre os objetivos da República, a redução das desigualdades sociais e regionais.

No primeiro momento, no diagnóstico, a atenção se dirige à identificação de eventuais excluídos, que em muitas situações se apresentam invisíveis: os encarcerados, os moradores de rua, os instalados em acampamentos, etc. Depois, no momento da decisão, o critério para a interpretação da política pública, das leis e regulamentos, encontra-se no paradigma constitucionalmente sancionado: acesso aos bens.

O mesmo processo vale para o paradigma protetivo, que também se orienta pela igualdade material, como valor. No paradigma protetivo, há uma pluralidade de fontes que orienta, direta e indiretamente, as decisões a favor da parte fraca. Nos casos individuais, e também nos coletivos, a proteção encontra-se expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto do Idoso, na lei que coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher, no Estatuto da Igualdade Racial, etc.

Tanto nas situações de exclusão quanto nas que se orientam pela necessidade de proteção especial, a busca de soluções deve levar em conta as necessidades de saúde, em suas

³³⁴ Decreto-Lei n.º 4.657, de 04.09.1962 (Lei de Introdução ao Código Civil).

quatro dimensões. As necessidades associadas às “boas condições de vida”, as necessidades de tecnologia, as necessidades de criação de vínculos entre usuário e sistema de saúde e a necessidade de autonomia, de resgate das capacidades pessoais, da confiança e da responsabilidade do usuário³³⁵.

O modelo de saúde orientado pelo mercado só considera as necessidades de tecnologia, ocultando as necessidades de bem-estar, de bons relacionamentos e principalmente de autonomia, o que demanda a reflexão e a busca de soluções orientadas para a emancipação. A mesma preocupação vale para os espaços. Há sempre o risco de restringir o diagnóstico à exclusão, marginalização e desigualdade na atenção hospitalar. Embora sejam muitas as situações de injustiça neste ambiente, a solução comprometida com a justiça coletiva, com os melhores modelos de atenção à saúde já experimentados, cuidará também da exclusão, da marginalização e da desigualdade na atenção primária, nos cuidados básicos com a saúde, no Programa de Saúde da Família, nos Centros de Atenção Psicossocial, nos estabelecimentos prisionais, etc.

Na primeira parte do trabalho, ao analisar os paradigmas apresentados por Ricardo Luís Lorenzetti sob a luz da Teoria da Justiça de Iris Marión Young, sugerimos mais um desdobramento, a partir da igualdade material, como valor, para incluir o que chamamos de paradigma do equilíbrio, ou seja, o reconhecimento da iniquidade dos processos que envolvem exploração. A invenção de um direito coletivo à saúde pressupõe a identificação e a correção dos problemas de exploração de trabalhadores e de usuários.

Os casos de exploração dos trabalhadores da saúde são conhecidos, objeto de intervenções constantes do Ministério Público e da Justiça do Trabalho e das pautas dos sindicatos das diversas categorias de trabalhadores da saúde. Menos visíveis, porém não menos importantes, são os casos de exploração do usuário. Há exploração na internação desnecessária, tanto quanto na negativa de vaga para a internação de casos graves. Há exploração na realização de pesquisas com seres humanos, sem adequada supervisão de Comissão de Ética, especialmente com a utilização *off-label* de fármacos. Para livrar-se da responsabilidade por resultados indesejados, o laboratório estimula o médico a experimentar um produto em seres humanos.

Na maior parte dos casos, o usuário não sabe que está sendo explorado. Não sabe que a internação desnecessária acontece porque o leito vazio pode representar prejuízo ao prestador, e porque o “paciente” não gera despesa. Do outro lado, a negativa de vagas

³³⁵ CECÍLIO, 2001, p. 114.

para enfermos graves também é determinada pela fome de lucros. O paciente em estado grave gera custos que não são cobertos pelo financiamento público. O subfinanciamento tem este efeito perverso, facilmente identificável pelas estatísticas de internação de casos sensíveis à atenção ambulatorial, de um lado, e pela quantidade de pedidos judiciais visando à busca de vagas para internação de casos graves.

A ecologia dos saberes é outro paradigma proposto a partir da Teoria da Justiça de Íris Marión Young. Por enquanto, são raros os discursos identificados em manifestações do Ministério Público e nas decisões judiciais que valorizem adequadamente a participação da comunidade, nas questões coletivas. A adequada representatividade em uma audiência pública, por exemplo, raramente é valorizada. Por outro lado, há uma supervalorização do conhecimento que se apresenta como “científico”, ainda que venha de profissional médico que não se dedica à pesquisa e à docência. Na metodologia da Mediação Sanitária, ou qualquer outra que se mostre apta a descortinar questões complexas, o imperialismo cultural deve ser identificado e repudiado.

Conforme já destacado no primeiro capítulo, a principal fonte do imperialismo cultural pode ser identificada no acesso privilegiado que alguns grupos têm às vias de interpretação e comunicação de uma sociedade³³⁶. Significativamente, os meios de comunicação de massa sistematicamente apresentam de forma dramática os problemas de acesso a hospitais públicos, ignoram os problemas de acesso à atenção primária, aos Centros de Atenção Psicossocial, ao Programa de Saúde da Família, e apresentam como grandes feitos da ciência o lançamento de um novo fármaco.

O paradigma consequencialista é essencial para o equacionamento das questões distributivas. Nas ações individuais, a teoria da reserva do possível é sistematicamente refutada porque a alegação de que a decisão no caso individual poderia afetar direitos de terceiros raramente é comprovada. Isso não significa que as consequências coletivas das ações individuais sejam irrelevantes. Pelo contrário. Inclusive no direito privado, onde ainda é forte o vazo individualista, a função social do contrato e da propriedade são a regra.

Na invenção do direito coletivo à saúde, presentes todos os interessados, os processos decisórios serão necessariamente precedidos de discussões que permitam a identificação das consequências das intervenções propostas e a adoção de medidas corretivas, orientadas pela igualdade, como valor. Nem sempre, porém, todas as consequências serão antevistas. Toda intervenção, em um sistema complexo, gera novos desequilíbrios, exigindo revisão

³³⁶ YOUNG, 1990, p. 103.

permanente dos elementos materiais e a decisão por novas intervenções, que corrijam situações iníquas. A análise das consequências é importante critério para a verificação da justiça das decisões.

Limitação aos poderes, político e econômico, garantia de participação e dos direitos de informação constituem os três principais sinalizadores do paradigma do estado de direito constitucional. Como critério de justiça, ele emerge nas questões coletivas quando se identificam abusos do poder, público e privado, especialmente do poder cognoscitivo. Implica também a necessidade de adequada representatividade no diagnóstico e nos processos decisórios.

Nas ações judiciais, a limitação ao poder político é exemplarmente imposta, delineando critérios para o aperfeiçoamento dos processos decisórios que cuidam das ações necessárias ao funcionamento do sistema de saúde. Tanto os abusos do poder político quanto os abusos do poder econômico, devidamente identificados a partir da revisão dos elementos materiais, no caso concreto, apresentam-se entre os principais obstáculos ao atendimento das necessidades de saúde.

Por fim, a força do paradigma ambiental traz ao primeiro plano as condicionantes e determinantes da saúde para a justiça do direito coletivo. Desde os aspectos mais amplos – a importância das florestas, dos recursos hídricos, da fauna e da flora – até os espaços mais íntimos e próximos do indivíduo – o prato de comida, o copo de água potável, o ar respirável.

Todos esses paradigmas têm forte amparo conceitual – nas convenções de direitos humanos, na Constituição e nas leis, e nas decisões judiciais – e orientam o trabalho de invenção do direito coletivo. Nos espaços criados para a investigação, crítica e decisão em torno de complexas questões coletivas, o consenso será facilitado com o acordo prévio em torno dos valores ponderados – vida, saúde, liberdade, igualdade, proteção ambiental, etc. – o qual será facilitado com a conjugação do *Diamante Ético* com os paradigmas da decisão judicial.

CONCLUSÃO

Este trabalho começou com um problema e um propósito, que se transformaram na hipótese. Direito à saúde: elementos materiais. Prover saúde para todos, com dignidade, é o problema, central, qualificado, na situação brasileira, pela posição adotada pelos prefeitos e secretários de saúde, pelos juízes e promotores de justiça, pelos prestadores de serviços, trabalhadores e usuários do sistema de saúde, e sua disposição para organizar um sistema único de saúde regido pelos princípios da universalidade e da gratuidade, e pelos valores da atenção integral, da descentralização e da participação da comunidade. Do problema nasce o propósito de identificar uma metodologia de ação social capaz de garantir saúde para todos com dignidade, o que conduziu à utilização das propostas apresentadas por Joaquín Herrera Flores, em sua teoria crítica dos direitos humanos, tratando saúde e direito como processos culturais, identificando os contextos em que ocorrem as relações sociais voltadas à promoção da saúde e fugindo das abstrações, para trabalhar a partir dos elementos materiais.

A hipótese resulta da crítica das políticas de saúde adotadas pelo governo brasileiro, sua concepção e os obstáculos à sua execução, e da correspondente intervenção judicial, especialmente quando provocada pelo Ministério Público, em questões individuais e coletivas. Tanto os gestores de saúde quanto os profissionais do direito têm tratado os problemas a partir de modelos abstratos, concebidos sem efetiva participação das instâncias encarregadas de sua implementação, e menos ainda dos usuários. Embora seja reconhecida a dimensão coletiva do direito à saúde, e seu caráter distributivo, o enunciado “saúde é direito de todos e dever do Estado” passou a ser interpretado da forma como são corriqueiramente aplicados os direitos subjetivos de cunho individual: sem indagação clara quanto a seus limites e correspondentes deveres.

A invenção do direito coletivo à saúde é o melhor caminho para que se mantenha o compromisso de prover saúde para todos, com dignidade, inscrito na Constituição brasileira em 1988. O confronto entre políticas públicas e jurisprudência, síntese da crítica ao processo de judicialização da saúde no Brasil, pode resolver-se de forma afirmativa, com a substituição da ótica individualista – que orienta a formulação de pretensões submetidas à lógica restrita do mercado, limitada à provisão de tecnologias –, pela busca do atendimento integral às necessidades de saúde.

Contrariando as diretrizes fixadas pelos poderes hegemônicos, a Constituição brasileira afirma a saúde como direito de todos e dever do Estado, e o Supremo Tribunal Federal reconheceu, como direito fundamental, o direito subjetivo público à saúde, oponível

contra o Estado. Do outro lado, pelo menos desde os anos 1990, com o Consenso de Washington, os governos locais têm sido pressionados a reduzir os direitos sociais, privatizando os sistemas públicos de saúde. A Espanha e a Grécia são exemplos recentes de países que revisaram o marco legal para atender às imposições do sistema financeiro internacional, em prejuízo da assistência à saúde do cidadão.

No Brasil, embora persistam os esforços para a implementação do modelo constitucional – que permanece inconclusa – são muitos os que defendem abertamente a reforma constitucional visando à redução da obrigação estatal na oferta de ações e serviços de assistência à saúde. A judicialização tornou-se um ingrediente a mais, no processo de luta, na medida em que sedimentou, no imaginário social, a compreensão da saúde como direito, e o Judiciário se transformou em trincheira privilegiada na luta contra a exclusão e a marginalização no sistema público de saúde.

Para enfrentar a tentativa de redução de direitos, que atribui os problemas de acesso às ações e serviços de saúde à legislação, aos juízes e promotores, ou à máquina administrativa, a reflexão a respeito da saúde, suas condicionantes e determinantes, e do correspondente direito, os modelos abstratos cedem lugar à apreciação da saúde e do direito como processos culturais, identificando os bloqueios provocados por processos ideológicos e valorizando os elementos materiais na invenção do direito coletivo à saúde.

A posição do Ministério Público no quadro institucional brasileiro lhe outorga grande responsabilidade pela garantia de saúde para todos, com dignidade. Além de instrumentos processuais e extraprocessuais colocados a serviço dos direitos fundamentais e dos bens e interesses coletivos, cabe ao promotor de justiça o zelo pelo regime democrático e pelo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição. A atuação na área de saúde começou nos anos 1990, por convocação do movimento sanitário, expressa na *10ª Conferência Nacional de Saúde*, mas tem sido insuficiente para produzir mudanças significativas no sistema de saúde.

Na esfera judicial, embora a tutela individual seja preponderante, importantes ações coletivas têm sido propostas pelo Ministério Público, percorrendo temas como a adequação hospitalar, a vigilância em saúde (sanitária, epidemiológica e ambiental), controle de endemias, melhoria das condições de saúde em estabelecimentos prisionais e saneamento básico, entre outras. Significativamente, ações coletivas, que geram maior impacto nas políticas públicas, não apresentam índice de sucesso equivalente ao das ações individuais.

Na atuação extrajudicial, em iniciativa pioneira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a hipótese de que o direito coletivo à saúde deve ser inventado concretiza-se

por meio de ações de Mediação Sanitária, metodologia de trabalho que cria espaços nos quais os interessados se reúnem e deliberam, participando da democratização dos processos decisórios que interferem nas políticas públicas de saúde. Cabe ao mediador a tarefa de criar espaços culturais onde todos e todas possam desfrutar das mesmas condições sociais, econômicas, políticas e culturais para fazer valer suas propostas. O ideal é criar condições para que a “vontade do encontro” esteja presente, movida pela disposição de criar algo novo. Nesse sentido, o principal obstáculo são os supostos privilégios e vantagens que se ocultam por detrás das posições absolutistas de alguns centros de interesse.

Impõem-se, portanto, a necessidade de empoderamento daqueles que, por força dos processos de divisão social, sexual, ética e territorial estão em posição de desvantagem. A busca de igualdade substancial se encontra positivada, no sistema jurídico brasileiro, em dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (que prioriza o atendimento às gestantes), do Estatuto do Idoso (que preconiza políticas de saúde orientadas para o envelhecimento saudável), do Estatuto da Igualdade Racial (que estabelece ações afirmativas voltadas ao enfrentamento da desigualdade étnica no sistema de saúde), da Lei Maria da Penha (que determina a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com a área de saúde), etc.

Na primeira parte do trabalho, o marco teórico foi apresentado por meio da exposição da saúde e do direito como processos culturais. Ambos como resultado de processos de luta em permanente construção. Concomitantemente, definiu-se o foco da investigação em torno dos aspectos coletivos do direito à saúde e sua correlação com a justiça distributiva, a equidade e a perspectiva crítica dos direitos humanos.

A breve revisão de eventos ocorridos no último século foi suficiente para demonstrar que os conceitos abstratos de saúde foram interpretados de diferentes formas, conforme o interesse dos grupos hegemônicos, e o bem-estar ascético, do período pós-segunda guerra mundial, é completamente diferente do bem-estar turbinado pelo consumismo que se presta a vender saúde como mercadoria. Também demonstrado que o imperialismo cultural se esforça para ocultar, discriminar e excluir as práticas tradicionais de atenção à saúde, colocando em primeiro plano a discussão a respeito da incorporação de novas tecnologias protegidas por patentes.

Importantes espaços de luta foram bloqueados com a utilização ideológica do discurso científico. No Brasil, o cume do processo de lutas pelo direito coletivo à saúde foi a *8ª Conferência Nacional de Saúde*, realizada em 1986. De lá para cá, os documentos produzidos mostram forte ampliação de enunciados e conclusões típicas de tecnocratas,

comprometidos com os agentes econômicos privados, em prejuízo do fortalecimento do controle social sobre a saúde. A trajetória das Conferências e Conselhos de Saúde no modelo brasileiro é exemplo do permanente confronto entre os processos culturais (emancipadores) e os processos ideológicos (reguladores).

Assim, em teoria, saúde é um conceito em construção. Engendrado a partir da mobilização social, em torno de problemas concretos e da busca de soluções, saúde é um processo cultural. Na prática, persiste o processo ideológico que impõe sua visão de saúde, a qual – se não convence de fato o cidadão, seu destinatário – determina a organização do sistema, suas prioridades e principalmente a alocação de recursos financeiros, materiais e humanos.

A apresentação da saúde como processo cultural coloca em evidência a diferença entre os estados de fato – doença, epidemia ou agravo à integridade corporal – e a percepção cultural desses fenômenos por indivíduos e grupos que neles intervêm. Quem tem poder, de fato, sobre a definição e a execução das políticas de saúde, e principalmente sobre os orçamentos públicos, impõe sua visão particular de saúde. As várias posições, e correspondentes reações dos atores, podem ser ideológicas, orientadas para a obstrução do diálogo por meio da negação da forma ou mesmo da possibilidade de que outros possam perceber a realidade de maneira diversa, orientada por diferente epistemologia. Assim, somente com a desobstrução dos circuitos de reação cultural, resultado da criação de espaços onde todos possam expressar-se e ser ouvidos, torna-se possível a obtenção de resultados que se harmonizem com o ideal de vida digna, o ideal emancipador.

Também o direito pode ser apreciado como processo cultural. A saúde, no caso brasileiro, passou a ser tratada como direito subjetivo a partir de construção judicial. As primeiras decisões, após a Constituição de 1988, diziam que o enunciado do art. 196 tinha natureza programática, negando as pretensões que visavam acesso às ações de saúde. Depois, a partir de decisões adotadas em casos que visavam à garantia de acesso a medicamentos para tratamento da aids, o direito à saúde passou a ser tutelado como direito subjetivo individual. A judicialização da saúde concretiza a reação do movimento sanitário – dos coletivos que lutaram pela criação do SUS – contra os interesses que trabalham pela revisão do marco legal e a privatização do sistema de saúde. A *10ª Conferência Nacional de Saúde*, de 1996, registra expressamente o apelo dirigido aos profissionais do direito, pela saúde.

Com o passar do tempo, por força da lógica individualista, avessa às soluções coletivas, a judicialização tornou-se incômoda para os prefeitos, que, com orçamentos reduzidos, estão em contato direto com o cidadão, credor de saúde como direito. A pouca

receptividade do Judiciário às ações coletivas produziu a atomização dos conflitos e criou novos problemas em decorrência do tratamento de conflitos distributivos com a utilização dos métodos da justiça comutativa, apropriada para a solução de conflitos bilaterais, e a necessidade do enfoque coletivo dos problemas a partir das políticas públicas.

A apreciação crítica da evolução ocorrida na tutela coletiva de direitos, identificada por meio dos discursos utilizados nas manifestações do Ministério Público e nas decisões judiciais, demonstra a inadequação da metodologia utilizada, marcadamente individualista, e permite que se identifique um caminho adequado à tutela coletiva do direito à saúde a partir dos Paradigmas propostos por Ricardo Lorenzetti conjugados com a Teoria Crítica de Joaquín Herrera Flores e a Teoria da Justiça apresentada por Íris Marión Young.

De início, com a identificação de obstáculos à implementação da tutela coletiva dos direitos, a ruptura com o modelo individualista aponta a necessidade de reinterpretção dos conceitos de direitos coletivos, particularmente no que diz respeito aos direitos difusos. As tradicionais noções de pessoa, personalidade jurídica e direito subjetivo, com a carga antropocêntrica que carregam, funcionam como âncoras que mantêm o direito coletivo atrelado a visões ultrapassadas, incompatíveis com a dinâmica e a complexidade dos fenômenos coletivos contemporâneos. Como consequência, os bens coletivos deixam de figurar como objeto, assumindo o papel protagonista de titulares do direito coletivo.

Se a complexidade dos problemas coletivos não permite sua redução a tipos, a invenção do direito coletivo à saúde se faz a partir dos seguintes paradigmas que explicitam critérios de justiça: acesso aos bens (exclusão); protetivo (hipossuficiência), equilíbrio (exploração), ecologia dos saberes (imperialismo cultural), consequencialista (efeitos do individual sobre o coletivo), estado de direito constitucional (carência de poder/limitação do poder) e ambiental.

Os paradigmas se prestam à articulação das três esferas na realização da justiça: ambiental, social e individual. A constatação de que o planeta está doente – grave ameaça às espécies vivas, contaminação da água e do ar, mudanças climáticas, etc. – exige resposta no plano epistemológico e no plano fático. Afeta o sistema jurídico por inteiro, redimensionando institutos como a sustentabilidade, a função social, a precaução e a prevenção. As políticas públicas todas são agora condicionadas também pelo impacto ambiental que produzem; a propriedade e o contrato têm seus limites revistos, por força das externalidades que afetam o meio ambiente; a responsabilidade civil se renova, sob princípios determinados pela ampliação dos riscos.

Na esfera social, o modelo do estado de direito constitucional promete garantir a

realização dos direitos humanos por meio do império da lei. Da mesma forma que ocorreu nas grandes revoluções que estabeleceram limites ao poder absoluto dos reis, é hora de inventar limites aos novos poderes, fortalecendo os contrapoderes e resgatando a humanidade consistente no pleno desenvolvimento da capacidade que todos temos de fazer e desfazer mundos.

A justiça coletiva não se opõe à individual. O impacto negativo da judicialização de casos individuais decorre da ênfase nas necessidades tecnológicas, em prejuízo das demais. Na invenção do direito coletivo, as esferas ambiental e social se articulam com as necessidades individuais, que jamais serão satisfeitas sem o cuidado com o ambiente, o fortalecimento dos vínculos de solidariedade e cooperação em todo o sistema de atenção à saúde e principalmente o compromisso com a emancipação, que inclui a necessidade de atribuir crescente autonomia e responsabilidade ao usuário do sistema.

Na segunda parte, foram examinadas as práticas do Ministério Público e do poder Judiciário brasileiro em relação ao direito à saúde, com ênfase nas demandas coletivas. A evolução histórica do Ministério Público explica quando e como começaram a funcionar as Promotorias de Saúde e sua evolução, além de permitir a elaboração de juízos críticos em relação a equívocos e lacunas identificados nesse trabalho. O segundo capítulo contém a discussão e análise de casos envolvendo direito coletivo à saúde levados pelo Ministério Público ao Judiciário, organizados a partir do modelo desenvolvido no primeiro capítulo, que explica o ativismo judicial por meio da sua identificação a paradigmas. Completa o quadro a avaliação da experiência que melhor se enquadra na proposta de invenção do direito coletivo à saúde: a Mediação Sanitária. A criação de espaços onde todos podem participar dos processos decisórios é o ponto de partida para o resgate do compromisso de saúde para todos, com dignidade.

O perfil diferenciado do Ministério Público brasileiro é fruto dos processos de luta, nas décadas de 1970 e 1980, dos que se mobilizaram contra a ditadura. A atuação na área da saúde veio depois do crescimento da ação institucional na defesa da infância e da juventude, dos acidentados do trabalho, do meio ambiente e do consumidor, da proteção do patrimônio público e dos direitos humanos, em geral. Da atuação criminal em temas como erros médicos e crimes contra a saúde pública, aos aspectos coletivos identificados pelas Promotorias a partir reclamações de usuários do sistema de saúde quanto a cobranças indevidas, dificuldades no acesso, qualidade do serviço, etc. e provocações dos então recém-criados Conselhos Municipais de Saúde (que se esforçavam para exercer o poder deliberativo que lhes fora legalmente outorgado), começou a engendrar-se um novo campo de atuação.

As Promotorias de Saúde foram organizadas a partir de atos normativos internos com amparo nos dispositivos constitucionais e na Lei Orgânica da Saúde e, com o crescimento da demanda, passaram a ser objeto de deliberação do colegiado de procuradores-gerais de justiça dos Estados. Mais adiante, em 2006, foi elaborado um plano nacional de atuação, cuja análise demonstra desequilíbrio entre os elementos conceituais e os elementos materiais, em prejuízo destes.

Passados dez anos, a precária implementação do plano nacional de atuação constitui exemplo dos problemas enfrentados pelo Ministério Público em relação à garantia dos direitos humanos em geral. O modelo concebido nos anos 1980, embora avançado para a época, mostra-se insuficiente para o enfrentamento dos problemas do século XXI, exigindo revisão das metodologias de ação social.

Para que o meta-valor igualdade seja de fato implementado, com a redução das desigualdades sociais e regionais, o paradigma coletivo, com toda a complexidade a ele inerente, deve preponderar sobre os interesses individuais. Para que o meta-valor liberdade seja concretizado, para todas e todos, a atuação deve pautar-se pelo combate aos preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Para que o meta-valor ambiente prepondere sobre a exploração irresponsável dos recursos naturais, todo o planejamento institucional deve superar o antropocentrismo e adotar a sustentabilidade como meta.

Quanto à disposição, embora seja possível detectar alguns avanços, o apego à tradicional posição de *custos legis*, aliado à formação dos membros, fortemente ancorada nas técnicas de solução de problemas de justiça comutativa, em conflitos bilaterais, torna lenta a implementação de uma nova cultura institucional, orientada para o coletivo. Permanece no plano do discurso, e restrita à atuação concreta de poucos grupos, a distinção entre Ministério Público demandista, com atuação formal, preponderantemente judicial, calcada em modelos abstratos, e Ministério Público resolutivo, comprometido com a efetiva construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Tudo remete à necessidade de planejamento, indispensável à unidade da ação institucional. Em questões ligadas à justiça distributiva, como é o caso da saúde, a construção coletiva do diagnóstico e dos cenários cultural, social, econômico e político constitui etapa preliminar, de extrema utilidade, para as intervenções comprometidas com propósitos emancipadores. No processo de planejamento institucional, o diagnóstico necessariamente compreende o contexto geral das condições de saúde no Brasil e no Estado, a identificação das causas de morbidade e mortalidade, as políticas públicas e as tecnologias utilizadas pelo

sistema público e privado, as pressões do mercado por incorporação tecnológica, etc. Sem planejamento, não há unidade. Sem unidade, a instituição apresenta-se dividida e a atuação dos membros se apresenta atomizada, sem resultados efetivos no plano coletivo e, conseqüentemente, desconectada dos meta-valores da igualdade, da liberdade, da proteção ambiental.

O capítulo seguinte confronta manifestações do Ministério Público e decisões judiciais, identificando discursos alinhados com os paradigmas de justiça. A igualdade, como valor, é objeto de muitos discursos, que são classificados no paradigma do acesso aos bens e no paradigma protetivo. O primeiro trata das várias situações de exclusão na saúde, enquanto o segundo aborda os discursos que enfrentam o problema da desigualdade decorrente de vulnerabilidade e hipervulnerabilidade. Em seguida, identificam-se casos em que são enfrentados limites. Tanto os limites do direito subjetivo individual, identificado pelas conseqüências coletivas, quanto os limites ao poder, público e privado, ditados pela Constituição. Noutras decisões, o paradigma ambiental atua de forma transversal, como meta-valor.

As decisões coletadas se ajustam à classificação do ministro Ricardo Luís Lorenzetti, demonstrando a adequação do modelo teórico por ele proposto. Concomitantemente, nota-se a ausência dos paradigmas críticos, identificados a partir das formas de opressão descritas por Íris Marion Young, e a necessidade de desenvolvimento de uma nova metodologia de ação social que seja capaz de incorporar elementos materiais à análise, aos discursos e às práticas. Os problemas de exploração e imperialismo cultural no sistema de saúde não têm sido objeto de enfrentamento sistemático.

Enfim, para sair do papel, garantindo o efetivo acesso à saúde, o direito coletivo deve ser inventado, no imaginário comum, apoiado em elementos materiais. Na atenção básica, na saúde da família, nos estabelecimentos carcerários, na atenção à saúde mental, entre tantos outros espaços, são encontrados exemplos de situações nas quais o direito coletivo à saúde encontra-se latente e pode ser construído por meio de metodologias como a da Mediação Sanitária, que cria espaços apropriados ao enfrentamento de problemas complexos. Para o diagnóstico, o *Diamante Ético* apresenta-se como metodologia capaz de manter o ideal de vida digna no centro das atenções e permite que sejam controladas as distorções que ocorrem quando se produz o diagnóstico de situações de interesse coletivo.

Embora seja desnecessária a identificação das pessoas que compõem os grupos, para a tutela coletiva, conclui-se pela necessidade de estimular a participação e organização das pessoas, tanto sob o critério territorial quanto pela identificação de necessidades comuns, para

que se desenvolva o processo cultural de construção da saúde e sejam afastados os bloqueios ideológicos. Enfatizam-se, a propósito, os grupos formados em torno de necessidades: idosos, crianças, portadores de transtorno mental, consumidores em geral (por serviço, por plano, por necessidades) e trabalhadores (carreira, precarização, terceirização, contratação de pessoas jurídicas, discriminação, contaminação, insalubridade, jornada de trabalho, etc.)

A sustentabilidade é matéria comum, tanto dos grupos organizados por necessidades, quanto objeto de grupos específicos, reunidos em torno de bandeiras ambientais. Mobilidade urbana, poluição, acidentes com motos, pedestres, passageiros, água, potabilidade, oferta e saneamento, resíduos, coleta seletiva, produção, distribuição, manuseio e consumo de alimentos, produção limpa, poder de compra, etc. – são exemplos de áreas que exigem intervenção coletiva para a promoção da saúde. O coletivo conduz o retorno ao individual, à necessidade de reforma individual como propósito coletivo. Assim, considerada a necessidade individual de autonomia, como propósito das ações e serviços de saúde, a metodologia de ação deve mostrar-se apta a garantir que, em processos culturais, a participação tenha objetivo emancipatório, para todos.

A vida digna demanda o atendimento das necessidades de saúde, em todas as esferas, propósito que se concretiza por meio de reações culturais contra os processos ideológicos de exploração dos recursos naturais, materiais e humanos. A invenção do direito coletivo à saúde começa pela construção de espaços culturais nos quais todos tenham a oportunidade de participar dos processos decisórios de forma responsável e respeitosa, reconhecendo as diferenças, necessidades e fraquezas dos actantes: ambiente natural, coletividade, indivíduo.

Determinantes e condicionantes da saúde – especialmente o ambiente natural, a moradia e o trabalho –, relações sociais baseadas na fraternidade, na cooperação e na solidariedade, e emancipação individual, entendida como capacidade de reagir a todas as formas de opressão, com autonomia e responsabilidade pessoal pela saúde, pelo corpo e pela vida, são apreciados como três esferas separadas apenas para efeitos didáticos. Todas devem ser atendidas para que se tenha vida digna: individual, coletiva e ambientalmente saudável.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Giovanni Gurgel. *A saúde no Brasil: cartografias do público e do privado*. Campinas: HUCITEC/Sindicato dos Médicos de Campinas e Região, 2006.

ACIOLI, Sônia. Os sentidos das práticas voltadas para a saúde e doença: maneiras de fazer de grupos da sociedade civil. In: PINHEIRO, Roseni e MATTOS, Rubens Araújo. *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde*. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ, IMS: ABRASCO, 2001.

AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

AMARAL JR. Alberto. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito material coletivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Maria Cristina. Ensinando direito com arte: o estudo de casos no Direito Civil contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org.) et al. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ARAÚJO, Maria Rita. Radiações perigosas. In: *Boletim UFMG*, 12.04.2010, Disponível em: <[http://www.ufmg.br/online/arquivos/anexos/Bol% 201689pagcentrais.pdf](http://www.ufmg.br/online/arquivos/anexos/Bol%201689pagcentrais.pdf)> Acesso em: 31.05.2010.

ASSIS, Gilmar de. *Mediação Sanitária: direito, saúde e cidadania*. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (org.). *Judicialização da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2014.

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA. O SUS e os Hospitais. In: *O que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde*. Associação Paulista de Medicina: São Paulo,

2001. Vol. II. Disponível em <<http://www.apm.org.br/publicacoes/cartilhasusvolume2.pdf>>
Acesso em: 16.05.2015.

BAQUERO, Jaime. *Privatización y negocio sanitario: la salud del capital*. Madrid: Terradenadie ediciones, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro*, RF n.º 276/1.

BARCELOS, Lúcio Borges. *A enfermidade da saúde pública no Brasil*. Porto Alegre: AGE, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2009.

BENJAMIN, Antonio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública (Lei 7.347/85): reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995.

BENJAMIN, Antonio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, ano 1, n. 2, julho/2001.

BENJAMIN, Antonio Herman. Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 10. São Paulo: RT, 1994.

BECK, Ulrich. *A sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda. *Industria farmacêutica, estado e sociedade*. São Paulo: Hucitec/Sobravime, 1995.

BISCHOFF, Álvaro Walmrath; AXT, Gunter; SEELIG, Ricardo Vaz. *Histórias da vida do Ministério Público do Rio Grande do Sul: a constituinte de 1988*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Memorial do Ministério Público, 2006.

BOBBIO, Norberto. Sociedade civil. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed., vol. II. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BORBA, Marina de Neiva; HOSSNE, William Saad. A natureza jurídica da saúde na América Latina e Caribe: um estudo constitucional comparado. In: *Revista de Direito Sanitário*, vol. 11, n. 1. São Paulo: Cepedisa, 2010.

BORGES, José Maria. 20 anos de SUS. In: MARQUES, Antonio Jorge de Souza (org.). *O choque de gestão na saúde em Minas Gerais*. Belo Horizonte: Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais, 2009.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I, II e III. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello de. Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública (Lei 7.347/85): reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da [Constituição](#)*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

CAMPOMIZZI FILHO, José. *Escritos e memórias*. Brasília: J.C. Filho, 2000.

CÁRCOVA, Carlos María. Estado social de direito e radicalidade democrática. In: GENRO, Tarso et al. *O mundo real: socialismo na era pós-neoliberal*. Porto Alegre: L&PM Editores, 2000.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: Promotor natural, atribuição e conflito, com base na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CARVALHO, Cristiano; MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. *Direito sanitário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 4. ed. rev. e atual. Campinas: Editora da Unicamp, 2006.

CECÍLIO. Luís Carlos de Oliveira. As necessidades de saúde como conceito estruturante. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Rubens Araújo. *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde*. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ, IMS/ABRASCO, 2001.

CAO-SAÚDE – Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa

da Saúde. *Mediação Sanitária: direito, saúde e cidadania*. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2014.

CHOPRA, Deepak. *A cura quântica*. 45. ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009.

COELHO, Myriam Araújo; RAUSCH, Maria do Carmo Paixão; TAVARES JR., Paulo. Regulação Assistencial. In: MARQUES, Antonio Jorge de Souza et al. *O choque de gestão na saúde em Minas Gerais*. Belo Horizonte: Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais, 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *A saúde do brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Moderna, 1987.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito sanitário. In: ARANHA, Márcio Lorio (org.). *Direito sanitário e saúde pública*. Coletânea de textos, vol. I. Brasília: Síntese, 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ELIAS, Paulo Eduardo. *O que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde*. São Paulo: Associação Paulista de Medicina, vol. 1, 2000.

FALEIROS, Vicente de Paula et al. *A construção do SUS*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

FERRIRA, Anísia da Soledade Dias. Regulação estatal e auditoria no âmbito do Sistema Único de Saúde. In: AITH, Fernando et al. *Direito sanitário: saúde e direito, um diálogo possível*. Belo Horizonte: Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Arte, epistemologia, filosofia e história da medicina*. MOTTA, Manoel Barros (org.); RIBEIRO, Vera Lúcia (trad.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008.

GIUSEPPE, Cocco. *Mundobraz: o devir-mundo do Brasil e o devir-Brasil do mundo*.

Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.

GONÇALVES, Alcindo. Políticas Públicas e a ciência política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GORE, Al. *O futuro: seis desafios para mudar o mundo*. São Paulo: HSM Editora, 2013.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia*. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

GRAU, Eros Roberto. O conceito de relevância pública na Constituição de 1988. In: DALLARI, Sueli Gandolfi. *O conceito constitucional de relevância pública*. Brasília: Organização Panamericana de Saúde, 1992.

GRIDEL, Jean-Pierre. *La dissertation le cas pratique et la consultation em droit prive*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1996.

GRINOVER, Ada Pelegrini. A Ação Civil Pública e a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HARTZ, Zulmira M. de Araújo; CONTANDRIOPOULOS, André-Pierre. Integralidade da atenção e integração de serviços de saúde: desafios para avaliar a implantação de um "sistema sem muros". *Cadernos de Saúde Pública*, n. 20. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, 2004.

HELLER, Agnes. *Além da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia uma visión compleja de los Derechos Humanos. In: HERRERA FLORES, Joaquín (coord.) *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales*. Madrid: Catarata, 2005a.

HERRERA FLORES, Joaquín. *El proceso cultural: materiales para la creatividad humana*. Sevilla: Aconcagua Libros, 2005b.

HERRERA FLORES, Joaquín. *O nome do riso; breve tratado sobre arte e dignidade*. Florianópolis: Bernúncia, 2007.

HERRERA FLORES, Joaquín, *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux 2009.

HOEN, Ellen T. El acceso a los medicamentos: por qué es hora de cambiar las reglas. In: *Archipiélago: cuadernos de crítica de la cultura*. Vol. 77/78, Madrid: Editorial Archipiélago, 2007.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KLIKSBERB, Bernardo. América Latina: El caso de la salud pública. In: KLIKSBERG, Bernardo; SEN, Amartya. *Primero la gente*. Deusto: Barcelona, 2007.

LACERDA, Alda e VALLA, Victor. Homeopatia e apoio social: repensando as práticas de integralidade na atenção e no cuidado à saúde. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araújo (org.). *Construção da integralidade: cotidiano, saberes e práticas em saúde*. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ, IMS/ABRASCO, 2005.

LATOUR, Bruno. *Reagregando o social: uma introdução à teoria do ator-rede*. Salvador: Edufba, 2012; Bauru, São Paulo: Edusc, 2012.

LOBO TORRES, Ricardo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei*. São Paulo: Editora 34/Edesp, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Justicia colectiva*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2011.

MACEDO, Marcus Paulo Queiroz. *O Ministério Público e o inquérito civil*. Belo Horizonte, Arraes, 2012.

MACEDO JR. Ronaldo Porto. Evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (org). *Ministério Público, instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1999.

MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACEDO JR. Ronaldo Porto. Ministério Público Brasileiro: um novo ator político. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JR. Ronaldo Porto (org.). *Ministério Público II: democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. Estado do bem-estar social ou Estado social? In: <http://jus.com.br/revista/texto/6623/estado-do-bem-estar-social-ou-estado-social>. Acesso em 28.10.2015.

MATTOS, Ruben Araújo. Os sentidos da integralidade: algumas reflexões. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Rubens Araújo (org.). *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde*. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ, IMS/ABRASCO, 2001.

MATTOS, Ruben Araújo. Os sentidos da integralidade: algumas reflexões acerca de valores que merecem ser defendidos. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Rubens Araújo (org.). *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde*. 4. ed. Rio de Janeiro: FMS/UERJ, CEPESC, ABRASCO, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes (coord.) *Ministério Público II: democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no*

processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1989.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATOS, Marlise. Feminismo e Teorias da Justiça. In: AVRITZER, Leonardo et al. *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN, Sulamis. Direito e saúde: contribuições para o estudo da judicialização. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENDES, Eugênio Vilaça. *As redes de atenção à saúde*. Belo Horizonte: ESP/MG, 2009.

MELLO, Abdon de. *Ministério Público riograndense: subsídios para a sua história*. Porto Alegre: Imprensa Oficial, 1943.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

MIRANDA, Jordana; PERES, Danielle da Silva (org.). *Judicialização da saúde suplementar*. Belo Horizonte: UNIMED/BH, 2008.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Macrorrelação ambiental de consumo: pós-consumo ou relação coletiva de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2007.

MORIN, Edgar. *A religação dos saberes: o desafio do século XXI*. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

NINIVAGGI, Frank John. *Saúde integral com medicina ayurvedica*. São Paulo:

Pensamento, 2015.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. *Direitos fundamentais dos animais: a construção jurídica da titularidade para além dos seres humanos*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

NORONHA, José Carvalho de; PEREIRA, Telma Ruth; VIACAVA, Francisco. As condições de saúde dos brasileiros: duas décadas de mudanças (1980-2000). In: LIMA, Nísia Trindade et al. *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.

NUNES, João Arriscado. Um discurso sobre as ciências 16 anos depois. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Ministério Público e políticas de saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Direito sanitário: a relevância do controle nas ações e serviços de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PISARELO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

PRONER, Carol. *Propriedade intelectual: para uma outra ordem jurídica possível*. São Paulo: Cortez, 2007.

PRONER, Carol. *Propriedade intelectual e direitos humanos: sistema internacional de patentes e direito ao desenvolvimento*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.

PRONER, Carol. Reinventando los derechos humanos: el legado de Joaquín Herrera Flores. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar. *Teoría crítica dos direitos humanos: in memoriam de Joaquin Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RAWS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROJAS, Rodrigo Cançado Anaya. *Participação popular e Ministério Público no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. São Paulo: Hucitec, 1994.

ROSENMANN, Marcos Roitman. *Lãs razones de la democracia em la américa latina*. México: siglo XXI, 2005.

RUBIO, David Sanchez. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RUBIO, David Sanchez. Contra una realidad simplificada de los conceptos de democracia y de derechos humanos. In: SANCHEZ RUBIO, David e SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio. *Teoría crítica del derecho: nuevos horizontes*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C.; Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Educación para las Ciencias en Chiapas, A.C.: Aguascalientes / San Luis Potosí / San Cristóbal de Las Casas - México, 2013.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por que é tão difícil construir uma teoria crítica? In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, vol. 54, junho de 1999, Coimbra.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. São Paulo: Cortez, 2004.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2011.

SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEN, Amartya. Temas claves del siglo XX. In: SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. *Primero la gente*. Barcelona: Deusto, 2007.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TEIXEIRA, Sonia Fleury; MENDONÇA, Maria Helena. Reformas sanitárias na Itália e no Brasil: Comparações. In: TEIXEIRA, Sonia Fleury. *Reforma sanitária: em busca de uma teoria*. 3. ed. Rio de Janeiro: Cortez/Abrasco, 1989.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 1976.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999.

SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VENTURA, Deisy. *Ensinar direito*. São Paulo: Manole, 2004.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (org.).

Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico e direitos humanos: dimensões emancipadoras. In: MARTINEZ, Alejandro Rosillo et al. *Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

YOUNG, Iris Marion. *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Catedra, 1990.

ZANETI JR. Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direitos difusos e coletivos*. Salvador: Podium, 2010.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do ensino jurídico com casos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ZHOURI, Fernanda Pereira, OLIVEIRA et al. Direito à saúde e o perfil das decisões judiciais mineiras. In: AITH, Fernando, SATURNINO, Luciana Tarbes Mattana, DINIZ, Maria Gabriela Araújo e MONTEIRO, Tammy Claret. *Direito sanitário: saúde e direito, um diálogo possível*. Belo Horizonte: Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais, 2010.